

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL
DIRETORIA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO A SETEMBRO - ANO VII - NÚMERO 27

SUMÁRIO

Apresentação	3
Simpósio de Conferências e Debates sobre o novo Código Penal e o novo Código Penal Militar	
“Punição da Pirataria Marítima e Aérea” — Professor Haroldo Valladão	5
“Visão Panorâmica do novo Código Penal” — Professor Benjamin de Moraes	19
“A Menoridade e o novo Código Penal” — Professor Allyrio Cavallieri	27
“Inovações da parte geral do novo Có- digo Penal” — Professor Rafael Ci- rigliano Filho	45
“Desporto e Direito Penal” — Jurista Francisco de Assis Serrano Neves ..	59
“Dependência (toxicomania) e o novo Código Penal” — Professor Oswaldo Moraes de Andrade	73
“O novo Código Penal Militar” — Pro- fessor Ivo d’Aquino	95
“Aspectos criminológicos do novo Có- digo Penal” — Professor Virgílio Luiz Donzici	105
“A Medicina Legal e o novo Código Penal” — Professor Olímpio Pereira da Silva	135
“Direito Penal do Trabalho” — Profes- sor Evaristo de Moraes Filho	147
“O novo Código Penal e a Execução da Pena” — Dr. Nerval Cardoso ..	157
“Direito Penal Financeiro” — Profes- sor Sérgio do Rego Macedo	167
“Os crimes contra a Propriedade In- dustrial no novo Código Penal” — Professor Carlos Henrique de Car- valho Fróes	183
“A Civilização Ocidental e o novo Có- digo Penal Brasileiro” — Jurista Alcino Pinto Falcão	199
PUBLICAÇÕES	
Obras editadas pela Diretoria de In- formação Legislativa	211

EDITADA PELO

SENADO FEDERAL

DIRETORIA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

FUNDADORES:

SENADOR AURO MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961-1967)

E

DR. ISAAC BROWN
Secretário-Geral da Presidência
(1946-1967)

DIREÇÃO:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Composta e Impressa no
Serviço Gráfico do Senado Federal
Brasília — DF

À Diretoria de Informação Legislativa compete coligir e fornecer aos Senadores e órgãos técnicos do Senado dados elucidativos e elementos de interesse para elaboração legislativa e esclarecimentos das matérias em tramitação na Casa ou no Congresso.

*(Resoluções n.ºs 20, 27 e 38,
de 1963, e 59, de 1966)*

O Senado Federal tem o prazer de dedicar as páginas dêste número da *Revista de Informação Legislativa* à divulgação das palestras proferidas no Simpósio de Conferências e Debates sôbre o Nôvo Código Penal e o Nôvo Código Penal Militar, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado da Guanabara — e realizado nos meses de abril e maio do corrente ano.

A publicação destas conferências pronunciadas pelos mais insignes juristas do país, debatendo e esclarecendo os pontos controvertidos dos novos Códigos, constitui mais uma contribuição da *Revista de Informação Legislativa* ao estudo da Ciência Penal.

Muito me apraz deixar acentuada a preocupação do Senado Federal em divulgar estudos dessa natureza sobretudo úteis ao Poder Legislativo.

Senador JOÃO CLEOFAS
Presidente do Senado Federal

PUNIÇÃO DA PIRATARIA MARÍTIMA E AÉREA

PROFESSOR HAROLDO VALLADÃO

Antigo Presidente do Instituto e da Ordem dos Advogados do Brasil; Titular de Direito Internacional Privado das Universidades Federal e Católica do Rio de Janeiro; Decano do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da U.F.R.J.; Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

Sumário: 1 — Nôvo surto de pirataria mundial e necessidade de severa punição. 2 — Pirataria *sive mari sive terra* (Bynkershoeck) e agora *sive aere* ou *coelo*. 3 — Autonomia do assunto. 4 — Desatualização do Direito Internacional, da Convenção de Genebra (1958) — arts. 14/21. 5 — Lições de **Oppenheim, Columbus e Bishop**. 6 — Posição e amplitude no Direito Interno, antigo e recente. 7 — Geminação dos problemas da atual forma de pirataria: marítima e aérea. 8 — Denominação e importância do nôvo direito e repúdio da expressão **hi-jacking**. 9 — Punição Internacional obrigatória da pirataria marítima e aérea. 10 — As Convenções sobre Delitos Internacionais. 11 — Convenções referentes à pirataria: bilaterais e plurilaterais — Montevideu, 1889 e 1940, Havana, 1928, e Genebra, 1958. 12 — Necessidade e urgência de nova Convenção Internacional sobre punição de pirataria. 13 — Diretriz e base inicial, arts. 1º e 2º: **obrigatoriedade** para os Estados **de punir e de processar e julgar**. 14 — Artigo 3º: definição de pirataria marítima e aérea. 15 — Resolução das Nações Unidas, 1969, e Projeto da ICAO, 1970. 16 — Artigos 4º e 5º: concessão da extradição — não-inclusão entre os delitos políticos, se constitui terrorismo. 17 — Conclusão.

1 — O mundo está assombrado atualmente com o *nôvo surto do nefando crime de pirataria, quer no mar*, p. ex., o célebre caso do navio de Portugal *Santa Maria*, no Caribe e no Atlântico Sul, de Caracas para Recife, 1961, e os recentes do barco de turismo dos Estados Unidos *Jack Rogers*, de Miami para Cuba, fevereiro de 1970, e do navio transporte de munições dos Estados Unidos *Columbia Eagle*, na Ásia, em viagem para a Tailândia desviado para o Camboja, março de 1970; *quer no ar*, com os freqüentes assaltos a aviões, iniciados em 1961 do México para Cuba.

É delito que exige, como sempre se fez, punição exemplar e perseguição internacional, desde o direito romano, e, especialmente, quando o crime se alastra, segundo se observa agora, qual se deu nos séculos XV, XVI e XVII. Nesse sentido escreveu Ortolan em 1853: "Dans tous les temps et chez toutes les nations, la justice humaine s'est armée d'une grande sévérité contre le crime de piraterie." (Règles Internationales et Diplomatie de la Mer, I, 235)

2 — A pirataria é, essencialmente, assalto, atentado, depredação, violência, banditismo, violação da vida, da integridade, da liberdade e da *segurança* dos homens e das comunicações, seja em terra, a antiga pilhagem das grandes e

despovoadas rotas, seja no mar e, particularmente, no alto mar, onde existe um deserto maior e, na ausência de um poder jurisdicional, um campo propício aos criminosos.

E então o direito internacional foi obrigado a reconhecer aos Estados o direito de polícia e jurisdição sobre a pirataria em alto mar ⁽¹⁾ e os próprios Estados a punirem nas suas leis internas, enumerando as diferentes formas que ela assume, e com pena de morte, aplicada até em flagrante ⁽²⁾.

É um crime contra a humanidade, e, por isto, os piratas foram chamados inimigos do gênero humano, *hosti humani generis* (ainda em 1935 assim os qualificava o Judicial Committee of the Privy Council, *American Journal of International Law*, 29 - 1935 - 141).

Ora, hoje em dia, além de retornar ao mar, casos citados antes, nº 1 e vários outros no Extremo Oriente, a pirataria, na sua diretriz tradicional de procurar o lugar êrmo, despolicado, passou ao tráfego aéreo, de *sive mari sive terra* (*Bynkershoeck*), também *sive aere* ou *coelo*, na forma atual do aprisionamento de uma aeronave privada em vôo por uma pessoa a bordo que impede sua exploração, dela se apodera ou exerce seu contrôle, ou está a ponto de completar tais atos ⁽³⁾.

3 - A punição desse crime, de *interesse universal*, transcende um só ramo do direito, não pertence apenas ao direito penal, nem pode ficar restrita ao direito marítimo ou ao direito aéreo, sobe em pleno ao direito internacional.

Tem horizontes próprios e largos: é problema autônomo em que se devem integrar normas internacionais e penais, considerados os dados fornecidos pelo direito marítimo e pelo direito aéreo. O jurista que o estuda não pode ficar bitolado ou enquadrado num ou noutro de seus contornos.

4 - O direito internacional sobre a pirataria acha-se desatualizado, exigindo grandes reformas (v. o excelente trabalho do Prof. D.N.H. Johnson, apresentado na 8ª Sessão da *International Law Comm.*, 23 abril a 4 de junho de 1956, e o de Haroldo Valladão, in "The Freedom of the Air", A. W. Lijthoff/Leyden, Oceana Publications, New York, 1968, págs. 233/234).

O direito internacional não pune a pirataria nem obriga os Estados a preverem-na como crime e a estabelecer a respectiva pena. Só a prevê para fins jurisdicionais.

Clássicamente, segundo uma regra costumeira de direito internacional, os Estados por uma exceção ao princípio da liberdade de navegação em alto mar tinham o direito de revistar os navios suspeitos de pirataria e capturar

(1) Códigos de Direito Internacional: *Petrushayev*, art. XXIII; *Bluntshil*, arts. 343/350; *Dudley Field*, art. 83/86; *Fiore*, art. 477; *Ortolan*, *Règles Internationales et Diplomatie de la Mer*, I (2ª edição), 233 e segs.; *Heffer*, *Le Droit International Public de l'Europe*, 1866, p. 102 etc.; Nos tempos atuais: *Bevilacqua*, *Direito Publ. Int.* 1911 e 1934 § 205; *Strupp*, K., *Dir. Int. Publ.*, I, 1930, p. 165; *Rousseau*, *DIP*, 1953, p. 241; *Verdross*, 1955, p. 198; *Quadri*, 1963, págs. 343/44 etc.

(2) Lei inglesa do século XVIII, *apud Ortolan*, *Diplomatie de la Mer*, I, p. 235.

(3) *Time* de março 30, 1970, refere-se à pág. 7 ao "the hi-jacking of the ammunition ship *Columbia Eagle*", descrevendo-a à pág. 15, e *Il Tempo*, de Milão, após uma reportagem em 26 de julho de 1969, "I pirati atacano Ancora", sobre pirataria marítima atual, ultimamente, nas edições de 21 e 26 de fevereiro, e 7 e 14 de março, "Torniamo insieme nelle Isole del Pirati".

aquêles que a praticavam, julgando os piratas, considerados fora do direito internacional, *segundo as leis sobre pirataria do Estado do navio captor*. Era um direito e não uma obrigação. Em tal sentido são definitivos a decisão do Judicial Committee of the Privy Council, de 1935 (American J. of International Law, 29 — 1935 — 141 (4)), e o trabalho da Harvard Law School — American J. of International Law, 26, 769/70 (5), e os arts. 14 e 19 da Convenção de Genebra sobre o Alto Mar de 24.IV.1958.

Mas se essa Convenção avançou em prever também a pirataria aérea, foi muito restrita em definir a pirataria marítima e aérea (com protesto, p. ex., da delegação da URSS), ao exigir para caracterizar os atos de pirataria que *êles partam de um navio ou aeronave contra um outro navio ou aeronave* (v. o excelente trabalho do professor da Faculdade de Direito de Oviedo, Espanha, Dr. José Pérez Montero "La Literatura Jurídica relativa al caso del "Santa Maria", Zaragoza, 1963.)

Excluiu, assim, o célebre caso do navio *Santa Maria*, capturado em alto mar, violentamente, pelo passageiro Galvão e outros que mudaram a rota e o destino do navio mas que não praticaram depredações *contra outros navios; exclui, portanto, os outros casos idênticos e correntes de pirataria marítima e aérea*.

Ademais, a Convenção de Genebra não exige, não determina que os Estados punam a *pirataria*, não estabelece que eles devem, nos seus códigos e leis, prever e punir o crime de pirataria segundo se faz nas Convenções Internacionais sobre os delitos internacionais, *juris gentium*, p. ex., atentados a cabos-submarinos, tráfico de mulheres e crianças, comércio e facilitação do uso de entorpecentes, genocídio... O artigo 14 da Convenção apenas dispôs que os Estados devem cooperar em toda a medida do possível para a repressão da pirataria e só no alto mar ou em qualquer outro lugar fora da jurisdição de qualquer Estado. E por isto, os Estados não se viram obrigados a puni-la especialmente no seu direito interno.

Mais atualizados, embora anteriores àquela Convenção, são os tratados plurilaterais. O de Direito Penal Internacional de Montevidéu, 1889, art. 13, e 1940, art. 14, e o da Havana (Código Bustamante, 1938), art. 308, 1938, estabeleceram como princípio geral que a *pirataria e outros delitos internacionais, qualquer que seja o lugar de suas comissões* (Montevidéu, 1940), cometidos em alto mar, no ar livre e em territórios não organizados em Estados (Havana), são punidos pelo Estado autor da captura, *sob reserva da solicitação de extradição pelo Estado no qual o delito se consumou* (Montevidéu, 1940). Consideram a pirataria, com acerto, delito internacional, embora não tenham dado a respectiva definição.

(4) "With regard to crimes as defined by international law, that law has no means of trying or punishing them. The recognition of them as constituting crimes and the trial and punishment of the criminals are left to the municipal law of each country. (American Journal of International Law, 29 (1935) 141.)

(5) In this respect it differs from the municipal law piracy which is a crime by the law of certain states. International Law Piracy is only a special ground of a state jurisdiction. In every state this jurisdiction may or may not be exercised by a certain state. It may be used in part only. *How far it is used depends on the municipal law of the state, not on the law of nations.* The law of nations on the matter is permissive only. It justifies State action within limits and fixes those limits. It goes no further". (American J. of Int. Law Suplem., v. págs. 26/759/760.)

5 — Muito mais atualizada é a lição de Oppenheim: *"If the crew, or passengers, revolt on the open sea and convert the vessel and her goods to their own use, they commit piracy, whether the vessel is private or public. But a simple act of violence on the part of crew or passengers does not constitute in itself the crime of piracy, at least nor as far as International Law is concerned. If, for instance, the crew were to murder the master on account of his cruelty, and afterwards carried on the voyage, they would be murderers, but not pirates. They are pirates only, if the revolt is directed, not merely against the master, but also against the vessel, for the purpose of converting her and her goods to their own use."* (International Law, a Treatise, tomo I, London, Longmans, 1957, § 274, pág. 614). And that of Columbus: "§ 370 — Various kinds of piracy. — Piratical acts may be of different kinds. If the crew and or passengers of a vessel revolt and seek by armed force to convert the ship or cargo to their own use; if a ship stops another and forcibly removes passengers and holds them for ransom, or if persons on board are killed though the vessel is released, it is still piracy. If the master and officers are compelled to steer the vessel by command of the rebels to a place where they can pilfer her, it is also piracy. *The "Hi-Jackers" who prey on the "rum-runners" off some coasts of America are pirates.*" (International Law of the Sea, London, Longmans, 1954, pág. 331, 3ª ed.). E já era de Bishop: *"Moreover, the mariners sailing a vessel may commit piracy upon it; if they shall violently dispossess the master, and afterwards carry away the ship itself, or any or the goods, or tackle, apparel, or furniture, feloniously. (2) And the passengers, doing the same, incur the like guilt (3).* (Bishop: Criminal law. 8th. ed. 1892. Vol. II, pág. 618).

6 — Já no direito interno, nos Códigos e Leis Penais dos Estados sôbre pirataria, a definição pirataria do crime é mais ampla do que a dada pelo direito internacional, primeiramente porque prevê o crime e prescreve a respectiva pena, e, em segundo lugar porque dá uma conceituação mais larga ao referido crime.

Apresenta, assim, uma tipificação do crime, mais ampla, considerando pirataria, também, o apoderamento por fraude ou violência contra o comandante, de um barco, seja por tripulante, Lei Francesa de 10 de abril de 1825, Piraterie, art. 4º, nº 1, do Brasil, Pirataria, Cód. Criminal do Império 1830, art. 82, nº 3, e Penal da República, art. 104, § 3º, seja por qualquer pessoa, inclusive passageiro, Espanha, Pirateria, Cod. Penal, 1848, art. 250, Itália, Código Marinha Mercante, 1877, Pirateria, artigos 327 c/333, Códigos Penais Hispano-americanos, Pirateria, Bolívia, 1834, art. 166, 3º, Honduras, 1906, 137, 3º, Paraguai, 1910, 144, 3º, Uruguai, 142, 3º, Argentina, 1921, 198, 3º, Peru, 1924, 271, 3º Cuba, Cód., Defesa Social, Liberdade e Segurança dos Mares, art. 168, d e 196, c (apropriação de um navio ou aeronave cubanos).

Estavam, aí, evidentemente previstos como pirataria, os casos dos navios *Santa Maria* (passageiros), *Jack Rogers* (assaltante) e *Columbia Eagle* (tripulantes) e, correlatamente, os dos aviões desde 1961.

Logo após o primeiro caso de avião desviado de sua rota, de uma aeronave da Pan American, a 9 de agosto de 1961, do México para Cuba, os Estados Unidos aprovaram uma lei a 5 de setembro de 1961, prevendo e punindo o crime sob o título de *"Aircraft Piracy"*, com penas de 20 anos até a de morte. O México, ao pedir a Cuba a extradição do autor daquele crime qualificou-o de

pirataria, invocando o respectivo Tratado de Extradicação de 25 de maio de 1925, art. 2º, que a autorizava nos casos de *pirataria*, segundo o Direito Internacional (H. Valladão, ob. cit., pág. 227).

Em 30 de outubro de 1961, numa reunião, no Rio de Janeiro, a Seção brasileira, da Associação Internacional de Direito Penal, levantei a questão da *pirataria aérea*, sendo apoiado pelo eminente penalista latino-mericano, Professor *Sebastian Soler*, e este na reforma do Código Penal da Argentina, feita pela Lei nº 17.657 (1º-4-1968) a previu como *pirataria* para "El que mediante violencia, intimidación, o engaño, usurpar de la autoridad de um buque o *aeronave* con el fin de apoderarse de el o de las cosas e personas que lleva". Para o mesmo fim foi alterado o código do México, por lei de 24-12-1968, prevendo o delito. E, últimamente, foi apresentado na Holanda projeto de lei no mesmo sentido.

Note-se que em Portugal, após a ocorrência do caso do navio *Santa Maria*, não prevendo a lei portuguesa o caso de *pirataria* por apropriação do barco, um Decreto-lei de 21-2-1962, alterou o art. 162 do Código Penal, para ali incluir *quer o apoderamento, mediante fraude ou violências, de um navio ou aeronave (§ 1º), quer a usurpação do comando de um navio ou de uma aeronave nacionais, ou fretadas por empresas nacionais...* (§ 3º).

Finalmente, a Lei cubana nº 1.226, de 19 de setembro de 1969, regulando o assunto, alargou o âmbito da sua legislação citada, que só punia a *pirataria* contra navios ou aeronaves cubanas para estendê-la a qualquer navio ou aeronave, prevendo, especificamente, no art. 1º, o crime para os atos de apresar, subtrair ou apropriar-se de uma nave aérea ou marítima por qualquer meio (letra a), desviar uma nave aérea ou marítima de sua rota ou atividades normais, (letra b), pôr em perigo a segurança de uma nave aérea ou marítima... (letra c).

Segundo informou a imprensa, já teria Cuba punido com cinco anos de prisão quem não agir por motivos políticos (*O Globo*, Rio de Janeiro, telegrama de Montreal, 22-1-69, pág. 7).

7 — Observe-se a união nas Convenções Internacionais citadas, Código Bustamante, art. 308 e de Genebra, arts. 15 e ss., das duas *piratarias*, da marítima e da aérea.

E, com mais propriedade e com mais efetividade, de várias leis internas citadas, principalmente nas dos últimos anos, colocando a forma atual da *pirataria aérea* no mesmo texto da marítima, prevendo, assim, a punição dos piratas do mar e do ar, dos que apoderam de um navio ou de uma aeronave, usurpando o respectivo comando, desviando-os de sua rota etc.

E, realmente, não há como punir somente o apoderamento ilícito de uma aeronave e deixar impune, como ocorreu no caso *Santa Maria*, ou no do *Columbia Eagle*, o apoderamento de um barco ou no do barco *Jack Rogers* a respectiva tentativa.

E, neste sentido, opinou no seu relatório preliminar (1965) no Comitê da Int. Law Association o Professor D.N.H. Johnson, da Universidade de Londres.

A *pirataria* é igual, a previsão do crime e a sua punição devem ser as mesmas, no mesmo texto convencional ou legal.

8 — Acêrca da denominação de *pirataria* para os atuais crimes de apoderamento violento e desvio de rota de navios e aeronaves, os dois únicos membros

do Comitê da Int. Law Association que se manifestaram no assunto *concordaram se mantivesse o termo pirataria, e repudiaram formalmente, a expressão "hi-jacking"*.

Assim escreveu o professor *D.N.H. Johnson* da Universidade de Londres, em seu relatório preliminar: "Moreover, as our Chairman (H. Valladão) has pointed out in his lecture at McGill University in 1967, and on other occasions, *the problem that has to be considered is definitely one of piracy. It is not correctly or adequately defined by the newspaper definition of "hi-jacking"*. As our Chairman has explained, it is a question of a variety of forms of violence against aircraft, and such violence constitutes "a new very serious crime, insofar as the violence against the aircraft will always and above all endanger the commander and the crew, or the passengers, who are abruptly and perilously obliged to land in a place which was not their destination". E apoiou-o categoricamente o professor *Francisco P. Laplaza* da Universidade de Buenos Aires, que após citar *Bynkershoek*, em opinião já referida, declarou: "My purpose is here to remember the classical greek and latin (*pirata; piraticum; piraticus*) roots of the word, common to every occidental language. *The meaning is also clear to everybody more or less acquainted with semantic and with comparative law. On the contrary, "hi-jacking" is not only a "newspaper definition", that is to say, a common or vulgar definition, not a technical one. It is worse, than that: it is a word taken from the (4) american cant, from the "lingo", from the language of the underworld"*.

- (8) E prossegue: "In the *Standard Dictionary of the English Language* by Funk and Wagnalls, combined with the "Britannica World Language Dictionary" (Encyclopaedia Britannica, Inc. Chicago etc., 1966, vol. I, p. 596), you may read: high-jack, high-jacker etc. See HIJACK etc. — hijack, v. t. U.S. Slang. To steal a shipment of (goods, bootleg liquor etc.) by force. 2 To rob or steal a truck, etc. carrying such goods) v.i., 3 to Engage in such robbery. Also spelled highjack? HIGH-JACK, V — hijacker, n. U. S. Slang. One who engages in high-jacking. Also spelled highjacker. In the "American Webster Handy College Dictionary" (A. Signet Book, The New American Library, 1960, p. 223) the word is included: hijack, v. t. (Slang) Steal (contraband in transit). As a matter of fact, two dictionaries of american slang, at least, register "hijack" or "high-jack" and its derivatives. In "The American Thesaurus of Slang" by Lester V. Berrey and Melvin van den Bark (Thomas Y Crowell Company, New York 1945) you may read: Interjections (holdup-ments commands): ...high jack! highjack!... (pág. 457, n.º 490, 18 — HOLD UP MAN); HIGHWAY ROBBER. Booster, cat up... helster... high-jacker (esp. one who robs other criminals)... (p. 424, n.º 461, 14). This dictionary shows us also that "pirate" means, in American Slang, one who steals, robs, smuggles liquor, plagiarizes etc. (p. 454, n.º 490, 8; p. 495, n.º 518, 9; p. 502, n.º 524, 2; p. 553, n.º 574, 7; p. 736, n.º 786, 22). In the "Dictionary of American Underworld Lingo" by Hyman E. Goldin Franck O'Leary-Morris Lipsius (Twayne Publishers, Inc., New York, 1960, p. 95) are included: Hijack, n. The act of hijacking. Hijack, v. 1 — To hold up and take any truck and its contents. 2 — to steal from other thieves or racketeers illegal or stolen goods... 3 — (P) To use two or three accomplices in a pocket-picking operation, involving rough jostling and diversion of attention as when a victim leaves a street car, train, elevator, etc. — Hijacker. One who hijacks. On the other side, the well known work of Eric Partridge "A Dictionary of Slang and Unconventional English". (George Routledge & Sons, London, 1937) does not record "hijack", "high-jack" and so on. It is true that Partridge's Dictionary only includes "such americanisms as have been naturalized". I don't try to start any sort of philological debate, but Partridge notes an English cant term, in usage about 1598/1660, meaning "high-way robbery". The term is "high-law", of striking analogy, with "high-jack". Is it not "hijacking" a sort of robbery in high air, alike "piracy" was a robbery on high ways or it is on high seas.

No mesmo sentido, recentemente, a ilustre professora *Alona E. Evans*, afirmou: "On the other hand, "hi-jacking", that relic of the Prohibition Era, is not entirely descriptive of the act, for in common usage hi-jacking applies to the seizure of a private commercial vehicle or ressel with the intent of theft of its load or cargo" (*American Journal of Int. Law*, vol. 63, nº 4/6 october 1969 – 696).

Realmente, uma associação científica, do alto padrão da nossa quase centenária "International Law Association", não poderia jamais quebrar a sua notável e reputada tradição doutrinária, usando em matéria rigorosamente técnica, uma expressão sem caráter jurídico, puramente vulgar.

Ainda mais: a expressão *legal*, empregada nos Códigos e leis para o caso de apoderamento violento de navios ou de aeronaves, sempre foi na França, *piraterie*, no Brasil (1830 e 1890), *pirataria*, na Itália, *pirateria*, nos Códigos Hispano-americanos, *pirateria*, e nos Estados Unidos, *aircraft piracy* segundo demonstramos no nº 6. E é também a expressão convencional internacional, pois a própria Convenção de Genebra, de 1958, já citada, previu com tôdas as letras, art. 15, a pirataria quer no mar, quer no ar, quer em navio, quer em aeronave para efeitos jurisdicionais no alto-mar ou em lugar não sujeito à soberania de nenhum Estado, que pode ser até um local onde uma aeronave esteja em pouso e seja assaltada (Prof. *Laplaza*).

Qual a razão para abandonar, assim, o termo técnico-jurídico, legal e convencional, *pirataria*, de tôdas as épocas e de todos os lugares substituindo-o por um outro, de uso vulgar, não jurídico, *hi-jacking*?

Finalmente, considere-se que o *crime de pirataria* é universalmente conhecido pela sua *altíssima gravidade* dado o seu caráter de superbandidismo, em que está sempre presente um terrível pavor da morte ou da possibilidade de morte de seres humanos inocentes, usados barbaramente como reféns. Constitui assalto à mão armada, inaudita violência, ou ameaça de violência contra indivíduos impossibilitados de reagir ou pedir socorro, pela surpresa, o terror e a covardia com que é praticado, sobretudo em ambiente despolicado (7).

(7) Compreende-se, perfeitamente, ainda hoje, em territórios que não se referem à jurisdição de nenhum Estado, os direitos de polícia e de jurisdição para todos os Estados sobre os atos de banditismo cometidos nestes territórios... *Carrara* comparou os "bandidos em terra aos piratas no mar", e um julgamento da Cour de l'Amirauté Anglaise estabeleceu, também, tal comparação (opinião do *Juiz Jenks*, lembrada por *Fiore*, *Dir. Publ. Int.*, 2ª edição francesa, I, 494, nestes termos: "Ce qui est appelé déprédation sur les grandes routes, cela même lorsqu'il se produit sur mer est appelé piraterie. Or, la déprédation, qui est distincte de l'appropriation indue et de la fraude, implique non seulement l'appropriation actuelle des choses d'autrui pendant qu'on est en paix, mais l'intimidation pour arracher ces choses de ses mains par la force et par les armes, sous ses yeux et en sa présence. Lorsque ces faits se produisent sur mer, (...) ils constituent la piraterie proprement dite. Rapporté par *Phillimore*. *Intern. Law t. II*, § 258" *H. Valladão*, op. cit. pág. 237.

É inadmissível, mesmo ridículo, considerá-lo um simples delito de roubo, *apropriação ou desvio ilícito duma coisa ou de seu uso, ou de dificultação dos meios de transporte ou de mera restrição à liberdade individual de movimentos* — delitos sem aquela gravidade, punidos com penas muito menores ⁽⁸⁾.

Não se lhes pode, assim, conceder jamais a categoria do crime de pirataria, que, pela forma, lugar e conseqüências de sua prática *constitui um delito contra a humanidade*, sendo seus autores, assaltantes terroristas, justamente estigmatizados, com a marca infamante de *hostis humanis generis*. Por tudo isto, a pirataria é punida com as penas mais graves, é crime de jurisdição internacional quando praticado em alto-mar, ar livre, ou lugar fora de qualquer jurisdição nacional e há de ser crime de punição internacional obrigatória.

Seria ridículo estabelecer jurisdição internacional para um delito de *hi-jacking*, de simples roubo... Bem disse o eminente penalista latino-americano Professor Sebastian Soler: "Para alcanzar el concepto de pirataria se requiere un hecho de cierta magnitud, por efecto de la cual pueda decirse que, en realidad, no solamente ha sido afectado o puesto en peligro el derecho de propiedad, sino algún otro derecho" (Derecho Penal Argentino, tomo IV, pág. 580). Põe em perigo bens inestimáveis acima de Estados ou de Governos, a vida, a integridade e a liberdade dos homens, e a segurança e a garantia do seu direito de comunicação (Vitória).

9 — A magnitude do crime de pirataria e a sua atual proliferação no mar e, sobretudo, no ar, *estão a exigir*, como sustentei desde 1967 (H. Valladão, obra cit. págs. 232/3) e tenho sustentado em conferências em Universidades da Europa e das Américas em 1968 e 1969, *a sua punição internacional*, por todos 'os Estados, a sua elevação a uma posição acima da lei de cada Estado, à *categoria de delito internacional* ⁽⁸⁾, de *juris gentium*. Salientou, com perfeição, o saudoso mestre francês H. Donnedieu des Vabres: que sua punição visa a proteger "... des valeurs immatérielles qui sont le patrimoine moral de l'humanité, et dont la destruction provoque un sentiment de réprobation universelle". (Principes de Droit International, pág. 144).

E o único meio para atingir, eficazmente, tal objetivo, é o estabelecimento de uma convenção internacional multilateral, pela qual *os Estados reconheçam, formalmente, a obrigação de punir a pirataria, no mar ou no ar*.

10 — No assunto dêses delitos internacionais, há que tomar, por base, as Convenções Internacionais, que os previram, desde as mais recentes, *Única sobre Entorpecentes*, de Nova York, 30.III.1961, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 54.216, de 27.VIII.1964 e *Genocídio*, das Nações Unidas, 9.XII.1948,

(8) O ilustre Dr. João Vicente Campos, em trabalho na Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico, em 8-8 de 1967, só conseguiu localizar o delito no direito brasileiro entre os crimes contra a liberdade. Código Penal, art. 146, "constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda, com a ridícula pena de detenção de 3 meses a um ano ou de multa de 50 centavos a 5 cruzeiros novos..." Em maio, na Austria, na ausência de textos, se processou o pirata aéreo pela contravenção de porte de arma sem licença?! No Brasil, Lei das Contravenções Penais, art. 19, a pena seria de prisão de 15 dias a 6 meses ou multa de 20 centavos a 3 cruzeiros!

Brasil, Decreto nº 30.822, de 6.V.1952, até às mais antigas, *Circulação e Tráfico de Publicações Obscenas*, Paris, 4.VIII.1910 e Genebra, 12.IX.1923, Brasil, Decretos n.ºs 16.751 de 27.VIII.1924 e 21.188 de 1932, *Tráfico de Mulheres e Crianças*, Paris 4. V. 1910 e Genebra, 30.IX.1921, Brasil, Decreto nº 16.572, de 27.VIII.1924 e 23.812, de 30.I.1934 e *Destruição e deterioração de cabos submarinos*, Paris, 14.III.1884, revigorada pelo Tratado de Paz de Versalhes, Brasil, Decreto nº 9.454 de 4.VII.1885. Têm vários princípios básicos que devem ser, agora, aproveitados.

O primeiro é proclamar o caráter internacional do crime, p. ex. na sôbre *Genocídio*, art. 1º. O segundo — fundamental — é a *afirmação da obrigatoriedade para os Estados de punir o crime*, tomando nas suas leis as medidas necessárias, impondo a sua previsão e definindo-o, e exigindo a cominação de penas, graves e eficazes. *Entorpecentes*, art. 36, I e II, *a*, *Genocídio*, artigos 2º, 3º, 4º e 5º, *Publicações Obscenas*, artigo 1º, *Tráfico de Mulheres e Crianças*, artigos 1º, 2º e 3º, *Destruição e Deterioração de Cabos Submarinos*, arts. 2º, 5º, 6º e 9º O terceiro — importantíssimo — é declarar que o crime é de *extradição obrigatória*, *Entorpecentes*, art. 36, 2, *b*, *Genocídio*, art. VII (aditando que não será para tal fim considerado crime político), *Tráfico de Mulheres e Crianças*, Paris, art. 5º (inscrito de pleno direito no número dos crimes que autorizam a extradição).

E os Estados ratificantes, como o Brasil, incluíram logo tais crimes em seus Códigos e Leis Penais.

II — A pirataria no direito internacional costumeiro era considerada, sem rigor técnico-jurídico, um delito internacional.

Mas êsse caráter vai tomar incremento em várias Convenções Internacionais que dela cuidaram, a princípio bilaterais.

Assim em tratado vigente do Brasil de *Amizade Comércio e Navegação* com a Argentina e Uruguai, de 7 de março de 1856, e de 12 de outubro de 1851, no mesmo artigo 13, os Estados se *obrigam a não admitir piratas* em seus portos e a perseguir-los por todos os meios ao seu alcance e *com todo o rigor das leis*.

Também nos antigos Tratados de Extradicação do Brasil, em que se enumeravam os crimes (hoje são previstos pelo grau da pena) se incluía sempre a pirataria. Assim no Tratado com a Alemanha, art. 1º, número 17; Bélgica, art. 3º, número 10; Grã-Bretanha, art. 2º, número 15; Espanha, art. 3º, número 10: “compreendido o fato de alguém apossar-se de navio de cuja equipagem fizer parte por meio de fraude ou violência contra o capitão ou quem o substituir”; Itália, 12.XI.1872, art. 3º, 10 (idêntico ao da Espanha); Países-Baixos 21.XI.1895, art. 1º, número 20 (*insubordinação de passageiros a bordo de um navio contra o capitão* e da equipagem contra seus superiores); Paraguai, 16.I.1872, arts. 2º e 13 (inclusive apoderamento pela tripulação); Uruguai, 25.XI.1878, § 2º, número 11 (*idem*); e ainda textos de Convenções modernas, p. ex., a do México, com Cuba, de 25. V. 1925, art. 2º, enumerou entre os delitos passíveis de extradição, nº X, os praticados no mar, especificando: “como é conhecida e definida a pirataria segundo o direito internacional” (*H. Valladão*, obra cit. pág. 232).

Essas cláusulas eram comuns aos tratados da época, dos fins e dos princípios do século XIX: vejamos-se, os do Uruguai com vários países da América, Estados Unidos, art. II, 4 (inclusive pela tripulação), e da Europa: Itália, Espanha, Suíça (Júlio Ma. de Oarte, *Extradición*, II, Montevidéu, 1942); também os de Cuba, p. ex., com a Bélgica, de 29.X.1904, onde se lê, referindo-se à marinha mercante no art. 2º, nº 8: "Pirataria o revolución a bordo de buques quando la tripulación o los pasajeros se apoderen del buque por sorpresa o violencia contra el capitán" (*Bustamante*, Manual de Derecho Internat. Priv., Havana, 1941, 2º ed., pág. 417 fine).

Eis aí, também, prevista em atos internacionais, a forma atual de pirataria, dos navios ou barcos *Santa Maria*, *Jack Rogers*, *Columbia Eagle* ou dos aviões.

Em tratados plurilaterais que já apontamos antes no nº 6, a Convenção Pan-Americana de Havana (*Código de Bustamante*), de 1928, ratificada por quinze Estados americanos, inclui no art. 308 a pirataria no regime geral dos delitos internacionais, ao lado do tráfico de negros e o comércio de escravos, o tráfico de brancas, a destruição ou deterioração dos cabos submarinos e os demais delitos da mesma índole, cometidos no alto-mar, no ar-livre e em territórios não organizados ainda em Estado, para o regime de sua punição universal, pelo Estado captor de acordo com suas leis. O Tratado de Direito Penal Internacional de Montevidéu, ratificado por vários Estados americanos, em particular pelo Uruguai e Argentina, art. 14, mantendo e alargando o mesmo princípio concedeu, porém, direito de preferência ao Estado no qual os fatos delituosos se consumaram, de solicitar por via de extradição, a entrega dos delinquentes.

Note-se que o Tratado não fez para estes crimes internacionais a ressalva habitual nos Tratados de Extradicação daqueles Estados, dos crimes políticos, dos comuns conexos com crimes políticos ou com fins políticos.

Explica-se, dada a ofensa a um bem jurídico de caráter humano, universal, próprio desses crimes "de *juris gentium*", superior a qualquer interesse de natureza individual.

Finalmente, segundo já vimos antes no nº 5, a Convenção de Genebra de 1958, embora punindo a pirataria também no ar e de aeronaves, definiu-a restritamente, só prevendo-a numa desatualização incompreensível, no caso de ato partindo de um navio ou aeronave outro navio ou aeronave, em divergência até mesmo com o projeto, na matéria, da antiga Comissão de Peritos da Sociedade das Nações, de 1928, art. 1º: "cometer no mar livre, por sua própria conta, atos que importem depredação contra bens ou atos de violência contra pessoas."

12 — Em face do acima exposto, impõe-se segundo vimos sustentando, a urgente atualização do direito sobre a pirataria, no mar e no ar, estabelecendo-se entre todos os Estados, uma Convenção Internacional sobre a Punição da Pirataria, marítima e aérea.

Neste sentido se manifestaram, há pouco, as Nações Unidas, em Resolução de 12.XII.1969, mas sem precisão técnico-jurídica, falando em *desvio pela força de aeronaves civis em voo*.

Também defendeu a idéia, antes de adotada nas Nações Unidas, a nossa ilustre colega, professora Alona E. Evans, em excelente artigo, de outubro de 1969 escrevendo: "But as aircraft hi-jacking is essentially an international cri-

minal offense, the need is for concerted action by states at this level, that is, a commitment to recognize the seriousness of the offense, to adopt punitive legislation relative to the offense, and to agree to the extradition of hi-jackers." (The American Journal of International Law, vol. 63, nº 4, pág. 707)

Não importa afirmarem certos pessimistas, declarando, como sempre, desejar o máximo e obstando à realização do muito, que certos Estados não assinariam nem ratificariam a Convenção...

Assim aconteceu, inicialmente, com outras Convenções, punindo delitos internacionais, p. ex., a dos *Entorpecentes*, mas, afinal, os Estados recalitrantes aderiram tão grande sempre a força da opinião pública em prol da repressão daqueles nefandos crimes.

13 — A Convenção projetada é diversa da Convenção de Genebra de 1958 sobre o Alto-Mar, que tratou do assunto, segundo vimos, precária, incompleta e desatualizadamente.

O novo Ato internacional que se tem ora em vista é mais amplo, e será mesmo completo.

Vejamos as bases da nova Convenção. Obrigar-se-á, no art. 1º, os Estados a punir o crime de pirataria, como um delito "*juris gentium*", isto é: I) a incluir em suas leis a punição da pirataria marítima e aérea, prevendo e definindo o respectivo crime e cominando penas severas e eficazes, e II) a processar e julgar os respectivos autores, co-autores e cúmplices, quando qualquer deles caia sob o poder de sua jurisdição, qualquer que seja o lugar onde tenha o crime sido praticado, salvo a extradição prevista no art. 4º

Formulado esse princípio, básico, a Convenção no artigo seguinte, 2º, consolidaria, dando-lhe, agora, uma real eficácia que decorre do art. 1º — o preceito tradicional do direito costumeiro reproduzido no art. 19 da Convenção de Genebra, e, em termos facultativos, *mas agora, em forma imperativa*: "*obrigando todo Estado a apresar em alto-mar, no ar-livre, ou em qualquer outro local não sujeito a jurisdição de nenhum Estado, qualquer navio ou aeronave onde se estejam praticando atos de pirataria*".

14 — No art. 3º da Convenção em vista se definiria o crime de pirataria, *através de assalto praticado no e do navio*, atualizando a restritíssima definição do art. 15 para incluir a forma última da pirataria marítima e aérea proliferada desde 1961 com os casos de assalto ao navio *Santa Maria*, levado de Caracas para Recife, e ao avião dos Estados Unidos, desviado do México para Cuba. Para tal fim *considerar-se-iam as definições* dadas para os casos semelhantes em antigos códigos e leis já citadas da França, da Itália, da Espanha, do Brasil, e de vários Estados latino-americanos e, de tratados, também citados, em especial os de extradição.

Também as novas disposições legislativas, logo após aqueles fatos, dos Estados Unidos, *Aircraft Piracy*, e, ultimamente, da Argentina e do México, 1968, e de Cuba, 1969.

Nessa conformidade, salvo melhor formulação, o art. 3º declararia: "Comete o crime de pirataria: 1) qualquer pessoa que, ilícitamente, se apodera de um navio privado ou de uma aeronave privada ou do respectivo contróle, ou tentar

praticar tais atos, mediante violência, ameaça de violência, surpresa, atos de terrorismo, fraude ou outros meios; 2) qualquer pessoa que, ilícitamente, para fins pessoais, pratique de um navio privado ou aeronave privada atos de violência, de detenção ou qualquer depredação contra um outro navio ou aeronave ou contra pessoas ou bens a bordo deles; 3) qualquer pessoa que incite ou ajude, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nos números anteriores.”

Note-se que a definição do crime de pirataria marítima ou aérea foi dada genericamente, *independente do local onde esteja o navio ou a aeronave*, pois é uma definição para um delito internacional, “*juris gentium*”, que *deve ser punido onde quer que tenha sido cometido. E pouco importa que o navio ou o avião esteja navegando ou voando, ancorado ou em pouso.*

Pouco importa, também, para os outros delitos internacionais, que o genocídio, que o comércio ou a facilitação do uso de entorpecentes, que o tráfico de mulheres e de crianças etc., seja praticado interna ou internacionalmente, num Estado ou em alto-mar ou em ar-livre ou em território fora da jurisdição de qualquer Estado.

Interessa a tôda a humanidade punir a pirataria marítima ou aérea quando praticada, também, em águas ou espaços territoriais, ou dentro do território, de um Estado.

Foi para tal fim que se criou o delito internacional, visando a não deixar jamais impune qualquer crime tão nefando.

A seguir, no art. 4º, se estabelecerá que: “Cada Estado dará na forma de suas leis e tratados a extradição dos criminosos solicitada pelo Estado em cujo território se realizar o crime, assim considerado o de apoderamento do navio ou da aeronave, ou o do contróle dos mesmos, ou o da realização dos atos constitutivos da respectiva tentativa”, aditando-se em segunda alínea que se “realizado em alto-mar, ar-livre ou território fora da jurisdição de qualquer Estado, será dada a extradição ao Estado da nacionalidade do navio ou da matrícula da aeronave”.

As palavras “de acôrdo com suas leis e tratados” autorizam certas exceções admitidas no direito interno, como a que obriga o Estado solicitante a não aplicar determinadas penas como a de morte.

15 – A Resolução das Nações Unidas, de 12-12-69, não atendeu aos princípios acima e correntes sôbre os delitos internacionais e sua punição.

Restringiu o crime apenas aos atos praticados em aviões *em vôo* (título da Resolução e Conclusão 7, embora o número 3 fale genericamente, em apoderamento de uma aeronave civil) o que é inadmissível, pois é possível e já tem ocorrido, o apoderamento ou a tentativa de apoderamento de navio ou aeronave nem navegando, nem voando.

O fato, *dado o alto interesse do tráfego marítimo ou aéreo e o perigo geral que dêle decorre*, não constitui um simples furto ou roubo, mas delito de alta gravidade, no quadro dos delitos internacionais.

O projeto de Convenção do Comitê Legal da Organização Internacional da Aviação Civil também não atendeu aos princípios fundamentais, em matéria de punição de delitos internacionais.

Restringindo no artigo primeiro o crime a: "any person who on board an aircraft in flight . . .", não só o limitou ao caso de estar a aeronave em vôo, como às pessoas, autores ou outros participantes, que estivessem a bordo da aeronave quando os co-autores ou cúmplices, cuja punição o projeto também prevê (artigo primeiro, b), podem estar em terra.

Aliás, textos sobre pirataria marítima prevêem a punição dos cúmplices, em terra, dos piratas.

Doutra parte, o artigo segundo número 3 e 4 mais restritivo do que a Convenção das Nações Unidas, limita-o a vôos internacionais, exclui do âmbito da Convenção o crime praticado dentro do território do Estado do registro da aeronave, o que é incompatível e está mesmo em contradição com tôdas as convenções internacionais, tantas vezes antes citadas, que estabelecem a obrigatoriedade da punição dos delitos internacionais, incluindo, sempre os delitos praticados no território dos Estados contratantes.

Também no artigo quarto do Projeto do Comitê Legal não se dá, segundo é corrente na matéria, ao Estado captor a competência para o processo e o julgamento do crime, salvo a extradição ao Estado da respectiva consumação.

Note-se ainda que o projeto não dá titulação ao crime, considerando-o inominado, limitando-se, na sua definição, a declarar "*commits an offense* (hereinafter referred to as "*the offense*").

16. Finalmente, artigo quinto, se disporia que: "Os crimes previstos no artigo terceiro não constituem, se tipificam terrorismo, seja para autorizar concessão de asilo territorial ou diplomático, ou para denegar pedido de extradição, crimes políticos nem podem ser considerados praticados com finalidades políticas."

Já vimos antes que um delito internacional contra a humanidade perderia tôda a sua motivação, poder-se-ia esvaziar completamente se pudesse ser qualificado, por qualquer Estado, de crime político ou de crime praticado para fins políticos.

Nesse sentido já mostramos que dispôs expressamente a Convenção sobre Genocídio, artigo terceiro, e no Brasil o artigo sexto da Lei nº 28.689, de 1º-10-1956, que, cumprindo a Convenção, puniu e definiu o crime de genocídio.

Últimamente, segundo noticiou a imprensa (Brasil, *Jornal do Brasil*, 22.XI.1969 e *Jornal do Commercio*, 5.XII.1969) os Estados Unidos estavam em negociações com a Espanha e a seguir, com a França, para incluir nos respectivos tratados de extradição, quer os piratas aéreos quer os contrabandistas de drogas, e com a Grã-Bretanha de um nôvo tratado de extradição, abrangendo os piratas aéreos.

Em conferência realizada no PEN Club do Brasil, no Rio de Janeiro, a 1º de dezembro de 1969, mostramos que: "O problema da extradição nos crimes de pirataria aérea está a exigir um reexame para o caso, do antigo princípio da não-extradição para os delitos políticos. Já quando se criou êsse princípio, leis e convenções previram a inaplicabilidade de exceção aos crimes internacionais, por exemplo, de anarquismo ou terrorismo. Evidentemente, num choque entre o interesse geral da humanidade e o asilo político, deverá sobrelevar o primeiro." (*Jornal do Brasil* de 2.XII.1969.)

Referi o Tratado de Extradicação e Proteção contra o Anarquismo, do México, 28.I.1902, em cujo art. 2º, após estabelecer-se a negativa de extradicação por delitos políticos, se acrescentou que: "No serán reputados delitos políticos los actos que están calificados de anarquismo por la legislación del país requeriente y por la del requerido." Assim também o estabeleceu o grande jurista brasileiro, *Epitácio Pessoa*, antigo Juiz da Corte de Haia no Projeto do Código Pan-Americano de Direito Internacional Público, art. 288, § 2º No mesmo sentido, o Institut de Droit International, em sua Sessão de Genebra, de 8.IX.1892, Article 4: "Ne sont point réputés délits politiques, au point de vue de l'application des règles qui précèdent (denegation d'extradition pour les délits politiques), les faits délictueux qui sont dirigés contre les bases de toute organisation sociale, et non pas seulement contre tel État déterminé ou contre telle forme de gouvernement".

Mostrei, ainda, que a 6ª Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, realizada em Copenhague a 31-VIII-1935, ao definir Delitos Políticos declarou: "No serán consideradas como políticas, *las infracciones que creán un peligro común o um estado de terror*. (Ver la resolución adoptada por la Conferencia en materia de terrorismo)." E salientei, ainda, que a Comissão Jurídica Interamericana, do Rio de Janeiro, em estudo de 4-XI-1959, sobre o mesmo assunto declarar que: "No son delitos políticos los crímenes de barbarie, y vandalismo, y en general todas las infracciones que exceden esos límites lícitos del ataque y la defensa. 4) No es delito político el genocidio, de acuerdo con la convención de las Naciones Unidas."

Seria mesmo incompreensível que um autor de um delito internacional obtivesse asilo ou a denegação do pedido de sua extradicação, alegando que a deterioração ou destruição de um cabo submarino, o tráfico de mulheres e crianças, o comércio ou a facilitação do uso de entorpecentes, o genocídio, a pirataria, o terrorismo são crimes políticos... ou êle os teria praticado para fins políticos... E, ultimamente, na prática dos delitos de terrorismo se encontram, também, os crimes de comércio e uso de entorpecentes.

Aliás é tradicional a denegação de asilo a piratas. Já o anotamos, antes (nº 11), no Tratado Brasil-Argentina de 1856, e *Dudley Field* o consolidou no art. 84 do seu Projeto de Código de Direito Internacional: "Interdiction de doner asile à des pirates, 84 — Aucune nation ne peut recevoir des pirates dans son territoire ou permettre quelconque les y reçoive, protège, recèle ou assiste d'une manière quelconque: et elle doit punir tous ceux qui se rendent coupables de tels actes — Traité entre la Grande-Bretagne et les États Unis 1794. Art. XX, 8 U.S. Stat; at Law, 127". (Projet, trad. francesa, Paris, 1884, pág. 34/34).

Recorde-se, por fim, que a Convenção Internacional para a Prevenção e Repressão do Terrorismo, patrocinada pela antiga Sociedade das Nações, considerou delito de terrorismo, art. 2º nº 3: "*El hecho internacional que pone en riesgo vidas humanas por la creación de un peligro común*", e admitia, expressamente, art. 8º, nº 3, a respectiva extradicação.

17 — Eis aí, numa primeira formulação, sujeita a aperfeiçoamento, algumas bases para uma convenção internacional como delito internacional, *juris gentium*, punindo a forma atual da pirataria marítima e aérea.

“VISÃO PANORÂMICA DO NÓVO CÓDIGO PENAL”

PROFESSOR BENJAMIN MORAES

Apresentando o nóvo Código Penal Brasileiro, devemos fazer um rápido escôrço histórico de sua elaboração. Surgiu êle de uma determinação do então Ministro da Justiça, João Mangabeira, para dotar o Brasil de códigos atualizados.

Foi nomeado para realizar a *feitura do anteprojeto* de Código Penal o Ministro Nelson Hungria. Êste penalista revelou, na tarefa a que se dispôs, uma brilhante juventude espiritual. Sendo extremamente combativo e tendo, desde môço e até a sua maturidade, adotado as teses da escola técnico-jurídica, caminhou na idade mais avançada para a escola unitária de Sabatini, aproveitando, nesse ecletismo, o que houvesse de bom, tanto na escola técnico-jurídica, também chamada neoclássica, como na escola positiva.

Tendo feito ardorosa defesa do Código Penal de 1940, muitos não acreditavam que pudesse evoluir tanto como veio a fazê-lo ao elaborar o anteprojeto. Apresentou um trabalho renovado, compulsando os melhores tratados e analisando os códigos penais promulgados nos últimos vinte anos. Conseguiu elaborar um anteprojeto moderno, mantendo conquistas do Código de 1940, mas inovando em muitas coisas e indo contra muitos postulados, que defendeu nos seus comentários ao Código Penal de 1940, ao adotar teses bastante revolucionárias.

Alguns o criticam por isso. Expresso, todavia, a minha admiração a homens como Nelson Hungria, que não se estratificam, não paralisam no tempo e são capazes, mesmo na idade propecta, de estudar e de evoluir.

Depois que publicou o anteprojeto, Hungria participou de dezenas de simpósios e congressos, que se realizaram no Brasil, analisando minuciosamente a sua obra.

Podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que de todos os anteprojeto elaborados desde o tempo do Ministro João Mangabeira até o do Ministro Gama e Silva, e agora Alfredo Buzaid, nenhum foi tão discutido como o do Cód. Penal. Não se trata, pois, de obra feita às pressas ou que não corresponda à cultura brasileira. Um anteprojeto que sofreu de 7 a 8 anos de debates e discussões, que suscitou dezenas e dezenas de seminários, conferências, congressos e simpósios, não se poderia traduzir como obra precipitada. Acrescente-se que, se Nelson Hungria nem sempre esteve presente a esses congressos todos, os seus promotores enviaram o resultados de suas observações para a seção de reforma do Código, no Ministério da Justiça. Nelson Hungria leu-os e estudou, uma por uma, as muitas propostas de modificações vindas de todos os cantos do Brasil. Há arquivos volumosos compulsados e anotados por Nelson Hungria.

Quero, assim, cumprir um dever de elementar justiça, para com aquêle insigne autor, justificando o trabalho de quem já não pode estar aqui presente, porque a morte, há cerca de um ano, o levou dentre nós.

Constituiu-se, no Ministério da Justiça para analisar o anteprojeto Hungria, a primeira Comissão Revisora integrada pelo próprio autor e mais os Professores Roberto Lyra e Hélio Tornaghi. Iniciou-se a revisão à luz de todas as sugestões vindas dos mais variados pontos de nossa Pátria. Tal comissão, porém, não prosseguiu os seus trabalhos. Dissolveu-se e o Sr. Ministro da Justiça nomeou outra integrada pelo mesmo autor do anteprojeto e ainda pelo Prof. Anibal Bruno, que se aposentara na Faculdade de Direito do Recife, e pelo Prof. Heleno Fragoso, do Rio de Janeiro.

Vários anos trabalhou esta comissão revisando, minuciosamente, o anteprojeto. Não parou aí o trabalho.

Quando Hungria faleceu, no início do ano passado, o hoje Ministro Alfredo Buzaid, então coordenador da reforma dos Códigos no Ministério da Justiça, extraiu cópias do anteprojeto emendado e remeteu-as a vários juristas penais do Brasil, principalmente do Estado de São Paulo. Enviou, igualmente, um exemplar ao Prof. Oscar Stevenson, aqui no Rio de Janeiro, solicitando-lhe as sugestões de emendas.

Cerca de doze a quinze juristas de São Paulo, que receberam cópias do anteprojeto, estudaram-no, fizeram reuniões, enviando posteriormente perto de sessenta sugestões ao Ministro da Justiça.

Sob a presidência do Ministro Alfredo Buzaid, então, reuniram-se os remanescentes das comissões revisoras: Heleno Fragoso e Aníbal Bruno, pelo Código Penal comum, Ivo d'Aquino e Benjamin Moraes, pelo Código Penal Militar.

Desta última comissão já faltava o Prof. Teles Barbosa, que havia falecido no ano anterior.

Registre-se que Aníbal Bruno, enfêrmo, solicitou dispensa dos trabalhos.

Durante vários dias discutiram-se as emendas trazidas de São Paulo. Poucas foram rejeitadas; a quase totalidade, com pequenas alterações, foi aceita, sendo determinada a sua incorporação ao anteprojeto já revisto.

Quando terminou este trabalho, por ordem do Ministro Gama e Silva, o então coordenador da reforma dos Códigos, Prof. Alfredo Buzaid, honrou-nos com o convite para fazer a assim chamada **revisão final**.

Não se deveria alterar substancialmente a obra de Hungria e da Comissão Revisora. Não se tratava de transformar o anteprojeto, nem de elaborar um nôvo, mas, mantendo-se o mais possível a obra deixada por Hungria, importava encaixar as leis que a Revolução de 1964 já havia adotado em matéria penal e que não tinham sido incorporadas ao texto do anteprojeto. Conviria também aperfeiçoar o que fôsse possível, deixando fora do Código somente aqueles crimes que tradicionalmente extravasam o âmbito do Código Penal: crimes de imprensa, de responsabilidade, de segurança etc.

Essa tarefa custou-nos bastante e obrigou-nos a consultas inúmeras, durante o prazo curto que nos foi concedido.

Trabalhando pouco mais de um mês, todos os dias e até madrugada, consultamos, além de obras especializadas, juizes, membros do Ministério Público, advogados, administradores, médicos legistas, autoridades policiais e especialistas nos vários pontos em que seus esclarecimentos se faziam de real necessidade.

Assim, consultas foram feitas às autoridades monetárias do Banco Central quanto ao problema da proteção penal às empresas financeiras e ao mercado de capitais. Consultou-se à gerência do meio circulante para atualizar a repressão ao crime de moeda falsa, que na lei anterior oferecia redação com atraso, alegado por aquelas autoridades, de mais de cem anos.

Cito um exemplo: dizia-se, no Código de 1940, que tomar uma nota recolhida e desfazer nela o sinal indicativo de sua inutilização, para restituí-la à circulação, constituía crime.

No século passado, as cédulas, quando recolhidas, eram inutilizadas com um carimbo de "recolhida". Há dezenas de anos, entretanto, o sinal de recolhimento não é mais o carimbo, cuja tinta se possa desfazer com algum produto químico. É feito através de uma máquina perfuradora, que faz dois grandes furos na nota de, mais ou menos, 3 a 4 centímetros de diâmetro.

De modo que, colocados os maços de cédulas na prensa perfuradora, ela as perfura em dois lugares, fazendo círculos do tamanho citado, caindo o papel proveniente dos furos num receptáculo diferente daquele para onde vão as notas recolhidas. Então, a expressão "desfazer-se sinal indicativo de sua inutilização" já não tinha sentido. Na redação nova do art. 324, a matéria está hoje atualizada de acôrdo com o método pelo qual se verifica a inutilização do bilhete recolhido: "... recompor cédula recolhida e inutilizada para o fim de restituí-la à circulação..."

Assim, procuramos vários outros pontos. Fizemos confrontos. Chamamos autoridades para consultas a fim de que o Código saísse o mais perfeito possível. Entre os advogados colhemos opiniões e sugestões de Caio Tácito, grande Professor de Direito Administrativo; Serrano Neves, eminente penalista, e outros. Entre os Magistrados, pedimos a colaboração do eminente Juiz de Menores, que nos honra aqui com a sua presença, o Juiz Allyrio Cavalieri. Entre os membros do Ministério Público, ajudou-nos muito Rafael Carneiro da Rocha. Entre os médicos-legistas, ressalto a figura de Nilson Santana. Também autoridades policiais foram consultadas. No Ministério de Comunicações, o CONTEL foi igualmente ouvido.

Ao entregarmos o projeto revisto, fizemos sentir ao Sr. Ministro que não há obra humana perfeita. Toda obra humana é perfectível. Assim o compreendeu o ilustre homem público. E, embora não se tenha a pretensão de que o novo Código Penal seja obra perfeita, podemos acentuar que êle traduz os últimos avanços da ciência penal, honrando a cultura brasileira, ali incorporada não só pela pena ilustre de Nelson Hungria, mas de todos os criminalistas brasileiros que, de uma forma ou de outra, concorreram para a sua redação final.

Apreciarei, agora, as quatro linhas mestras do novo Código. A primeira é que êle apresenta o quadro puro de **um direito penal da culpa**. Foram eliminados todos os resquícios de responsabilidade objetiva no novo diploma penal brasileiro.

A segunda característica é o abandono de preocupações sectárias que amarrassem, excessivamente, o texto às exigências de tal ou qual escola penal.

Segue o Código atual a mesma tendência eclética do Código de 1940, onde, segundo a Exposição de Motivos do então Ministro Francisco Campos, se fizeram transigências entre as escolas que se debatem no campo doutrinário da ciência penal. O Código novo obedece à última fase da posição doutrinária de Hungria, seguindo a tendência unitarista, ajustando tudo que houvesse de melhor nas diversas correntes. Um exemplo disto é a aplicação da lei penal no tempo, onde se procurou eliminar divergências doutrinárias, adotando-se a posição esposada por Binding.

Quanto à tentativa, foi seguida a doutrina do Ministro paulista Costa e Silva, permitindo-se duas alternativas: a redução da pena, se o juiz assim entender conveniente, ou a manutenção da pena correspondente ao crime consumado, se os danos produzidos na vítima forem consideráveis.

Com relação ao erro de direito e ao erro de fato, seguiu-se a doutrina de Sebastian Soler, que faz uma distinção clara entre uma situação e outra. Seguindo-se os estudos de Frank e Goldschmidt, distinguiu-se o estado de necessidade como causa de exclusão de crime e causa de exclusão de pena.

Atendendo-se à lição de Mezger, eliminou-se o sistema conhecido como “duplo binário”, adotado pelo Código de 1940.

Na criação das penas relativamente indeterminadas, observou-se a doutrina exposta pelo jurista português Eduardo Correia, transferindo-se a individualização para momento posterior à sentença.

No que se refere à linguagem, embora reconheçamos que Hungria não era um purista, havemos todos de convir que o seu português era excelente. Manejava o vernáculo com admirável mestria, como suas numerosas obras o atestam.

Referenda, ainda, a boa linguagem do Código, isenta de solecismos e cacofonias, a colaboração, na Comissão Revisora, de escritores de bom apuro lingüístico, como os Professôres Aníbal Bruno e Heleno Fragoso.

Um terceiro ponto saliente no novo Código Penal é a sua técnica avançada, como se deduz dos dispositivos referentes ao tratamento prisional dos fronteiriços, à pena relativamente indeterminada e ao criminoso habitual ou por tendência.

A quarta e mais notável linha que merece ser citada, é a orientação humanista, advinda das nobres pregações de Roeder, Dorado Montero e Vincenzo Lanza.

Como exemplos dessa linha humanista, sem pretender esgotar todos os casos contidos no novo diploma penal, apresentaremos os principais.

Renovação do Sursis: O art. 71, inciso I, do novo Código, que terá a redação modificada para aproximá-lo do que já está estabelecido no novo Código Penal Militar, permitirá a renovação da suspensão condicional da pena, desde que não tenha o réu sofrido condenação anterior, por crime ou contravenção reveladores de má índole.

Entenda-se bem: a lei penal admite, entre os motivos do crime, uma distinção entre os nobres e os torpes. Sendo assim possível, que um crime seja cometido por motivos nobres e justos, admite-se uma conseqüência maior do que a simples atenuação da pena (art. 58, III, a). Se um pai de família anda com sua filha numa rua da cidade e um importuno se aproxima requêstando a jovem, o pai naturalmente o adverte, mas êste insiste na importunação. Reprendido e observado segunda e terceira vêzes, mantém a sua atitude inconveniente. O pai da jovem afinal reage e dá-lhe um sôco no nariz. Tira-lhe sangue. Cometeu um crime de lesão corporal leve. Certamente o juiz lhe dará a pena mínima e lhe concederá o **sursis**. Na vigência dêste, êste mesmo pai, anda com a mesma jovem filha e a cena se repete. Observado e repreendido o novo elemento importunador, e continuando na sua atitude condenável, o pai pratica nova agressão. Nova lesão corporal. Não houve, é claro, ação reveladora de má índole. Conseqüentemente, o juiz pode renovar-lhe a suspensão condicional da pena. Pela legislação ainda vigente, o juiz não teria outra possibilidade: consideraria êsse pai zeloso como **reincidente específico**. Dar-lhe-ia a pena mais grave, fixando-lhe um **quantum** superior à metade da soma do mínimo com o máximo. Esta solução, verdadeiramente iníqua, será agora corrigida no novo Código.

Outro exemplo: o **livramento condicional**, segundo o disposto no art. 75 — pode ser concedido ao condenado a pena de reclusão ou de detenção por tempo igual ou superior a **dois** anos. A legislação ainda vigente estabelece que a suspensão condicional da pena poderá ser concedida ao condenado até dois anos de detenção; e o livramento condicional só será concedido se o réu tiver no mínimo **mais de três anos** de pena privativa da liberdade. E assim mesmo por um só dos crimes praticados. Se a sua pena fôr de quatro anos, resultante da soma de duas penas de dois anos, não haverá o direito a êsse livramento. A iniquidade é manifesta. Um réu condenado a três anos de pena detentiva, pela legislação ainda vigente, não terá o benefício do **sursis**, nem do livramento condicional.

Chegamos, assim, ao fato estranho de alguns réus, condenados a três anos, apelarem à instância superior, pleiteando o aumento da sua condenação, para terem direito ao livramento condicional. Com a redação do novo art. 75, desaparece essa iniquidade, pois o livramento será concedido a partir de dois anos de pena privativa da liberdade.

A **proteção do liberado condicional** é outro exemplo marcante da orientação humanista do novo Código. O liberado não fica mais sujeito à vigilância das autoridades policiais que, nos escalões inferiores, são, infelizmente, ainda mal preparadas para estas árduas e importantes funções. A observação cautelosa e a proteção devidas ao liberado serão realizadas por patronato ou, na falta dêste, por serviço social penitenciário.

Basta a referência ao **serviço social** para sentir-se a melhoria extraordinária da situação ainda vigente.

O art. 38, do novo Código, permite ainda uma novidade bastante generosa:

“Art. 38 — A pena de reclusão não superior a dois anos pode ser substituída pela de detenção, desde que o réu seja primário e de bons antecedentes, e tenha realizado o ressarcimento do dano antes da sentença condenatória.”

Como se vê, na pena de reclusão até dois anos, permite-se a sua **transformação em detenção**, dentro de determinadas condições, o que traz inúmeras vantagens processuais, e mesmo na fase da execução penal.

O novo Código admite, também, no art. 46, a **substituição da pena de detenção**, não superior a seis meses, pela pena pecuniária, o que representa enorme progresso no tratamento penal, deixando-se de aplicar as penas curtas de privação da liberdade e evitando-se mandar para a promiscuidade carcerária o réu primário, sem periculosidade, para, através de uma multa, satisfazer a justiça penal.

Acrescente-se que o art. 48 permite, ainda, o **pagamento da multa com prestação de trabalho livre**, dizendo o seguinte:

“Art. 48 — Se o condenado é insolvente, mas possui capacidade laborativa, pode ser-lhe permitido o resgate da multa mediante prestação de trabalho livre em obras públicas ou empresa pública, entidade autárquica ou sociedade de economia mista.”

Um notável exemplo da nova linha humanista do Código de 1969 é a **criação do estabelecimento penal aberto**, previsto no art. 40. Tal inovação representa um progresso apreciável na nossa legislação repressiva. O condenado primário, de nenhuma ou escassa periculosidade, se tiver pena não superior a seis anos, poderá ser recolhido a estabelecimento penal aberto, que não é apenas uma prisão sem grades, pois pode ser mesmo o que alguns autores chamam de **prisão-albergue**, permitindo-se ao condenado trabalhar, durante o dia, fora da casa prisional, a ela retornando, porém, à noite para aulas e descanso. É, portanto, mais do que as atuais prisões abertas de Bauru, Rio Preto, Taubaté e outras do Estado de São Paulo. Na Guanabara, acabou-se de aprovar o primeiro projeto de prisão realmente aberta.

Cumpre-nos, ainda, apresentar outro ponto de grande relevância, dentro da linha humanista do novo Código: o **decréscimo do valor da reincidência**.

O Código de 1940 faz da reincidência uma verdadeira pedra de toque, seja na configuração do delito, seja na aplicação da pena. O novo Código, no § 1º do art. 57, revoluciona essa orientação ao estabelecer:

“Art. 57 —

§ 1º — Não se toma em conta, para o efeito da reincidência, a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção

da pena e o crime posterior decorreu período de tempo superior a cinco anos.”

De fato, a reincidência pode não apresentar nenhuma característica de maior maldade ou tendência para o crime, que, só em determinados casos, se tem verificado. Como exemplo de reincidência que não tem expressão social ou jurídica, figuramos a hipótese de um jovem de 18 anos, que toma o automóvel do pai e, dirigindo-o imprudentemente, cause em alguém uma lesão corporal leve. Aos cinquenta anos, premido pelas circunstâncias econômicas da família, emite um cheque sem fundos. Pela legislação ainda vigente, seria reincidente genérico. Entretanto, não há quem possa encontrar a mínima relação entre aquela infração culposa da juventude e esta infração dolosa da idade madura. A nova legislação evita a injustiça que o Código de 1940 estabelece para o tratamento penal em tal hipótese.

Finalmente, observamos um ponto de excepcional importância da legislação penal da Revolução de 1964. É o novo conceito da **reabilitação criminal**. Já o Governo Revolucionário, em julho de 1968, alterara os arts. 119 e 120 do Código Penal, permitindo que a reabilitação alcançasse quaisquer penas impostas pela sentença definitiva. Com pequenas adaptações, foi a nova e generosa lei incorporada ao Código de 1969, nos arts. 117 a 120. Para se ter idéia do quanto o Código anterior era iníquo, basta lembrar que não admitia, jamais, a reabilitação de pena principal; só de penas acessórias, e mesmo assim, só de **algumas** penas acessórias. E o mais grave: se o reabilitado de uma pena acessória cometesse nova infração, perderia a reabilitação e jamais poderia obtê-la segunda vez. O novo Código é, positivamente, mais humano, constituindo-se num permanente convite à reabilitação do criminoso.

É certo que a nova lei estende o prazo de prova e exige maior quantidade de elementos que assegurem o reconhecimento da regeneração do criminoso. Mas tem a vantagem de permitir a reabilitação da pena principal. As limitações do § 2º do art. 117 são poucas e justificam-se por si mesmas. Pode, entretanto, o reabilitado, sempre que tiver sua reabilitação revogada, requerê-la novamente, desde que se esforce para alcançar sua própria regeneração. Concedida a reabilitação, a nova lei manda cancelar, mediante averbação, os seus antecedentes criminais e não permite a comunicação dessas condenações a nenhuma pessoa do público, pois o art. 120 limita a comunicação apenas à autoridade policial, ou judiciária, ou ao representante do Ministério Público e somente quando houver instrução de novo processo penal, que se instaure contra o reabilitado.

Como se vê, é uma providência generosa, e um permanente convite ao grande fim social da pena: a regeneração do antigo delinqüente.

A MENORIDADE E O NÓVO CÓDIGO PENAL

ALYRIO CAVALLIERI

Juiz de Menores da Guanabara — Secretário da Associação Brasileira de Juizes de Menores — Membro da Comissão Revisora do Código de Menores — Professor de *Direito Penal* da Universidade Gama Filho — Representante do Brasil ao 8.º Congresso Internacional de Juizes de Menores (Genebra, 1970).

Senhor Presidente.

Acuso o Secretário da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção da Guanabara, Professor Virgílio Luiz Donnici, de transformar êste Simpósio, de tão elogiáveis finalidades, em uma montanha russa. Vossa Excelência, Senhor Presidente, devia repreender seu Secretário. Das alturas das conferências de Haroldo Valadão e Benjamim de Moraes, que me precederam neste Simpósio, mergulha, hoje, êste auditório, nos baixios da minha exposição, no contraste violento de uma montanha russa. Mas, enfim, o auditório vai subir de nôvo, nos próximos dias e não vai baixar mais.

Atrevi-me em aceitar o convite de Virgílio Donnici, melhor dizendo, foi uma citação com hora certa, pois os papéis estão, hoje, um tanto invertidos — por duas razões e não estou presente em nenhuma delas. Dispo-me da condição de juiz e nesta casa de advogados eu sou um postulante.

Primeiro: tenho uma procuração da qual se orgulharia qualquer dos senhores advogados; represento quase a metade da população dêste Estado e, indiretamente, do Brasil, tôdas as criaturas com menos de 18 anos de idade, e são milhões. Nestes meus clientes, eu arrebanhei fôrças.

Segundo: sou instrumento. O direito que represento não é meu e as razões são de meus mestres. De mim, só a voz.

E a emoção, a paixão, o arroubo, a veemência e nada mais. E desde já, peço perdão. Como fazer de outro modo quando a matéria é gente, humanidade, pessoa, juventude.

Em 1955, dei a primeira aula de Direito Penal, na Faculdade Brasileira, na Praça da República. Antes de entrar na minha sala, vislumbrei, numa outra, o professor Benjamim de Moraes, que falava aos seus alunos. Entrei em sua sala e êle parou a sua exposição. Disse-lhe que havia sido seu aluno.

Ele, por amabilidade, fêz que me reconheceu. Disse-lhe que não me dirigiria à minha turma sem que me autorizasse. Era a minha homenagem ao mestre. Apresentou-me a seus discípulos, congratulou-se comigo. Obtive, assim, permissão para entrar em sua seara. Este foi, para mim, um fato histórico. Estou usando, até hoje, aquela permissão.

Discordo, agora, do mestre. Estou movido pela fôrça jovem do mandato. Mas o respeito é o mesmo.

Ouvi quatro exposições do ilustre revisor do Código Penal. ~~Anotei seus~~ argumentos a favor do sistema adotado, o rebaixamento da idade da responsabilidade penal, sujeito ao discernimento. Aqui trago os argumentos dos menoristas. O Senhor Presidente vai perdoar o neologismo — “os menoristas”. Mas não ficamos nesse diálogo. Empunhei, a princípio sozinho, esta bandeira. Hoje, muitos a sustentam, tomando-a de minhas mãos frágeis.

Desejamos a alteração do art. 33 do novo Código Penal. Redigimos um memorial ao Senhor Ministro da Justiça em nome do Juizado de Menores do Estado da Guanabara. Assim também o fêz o ilustre autor do anteprojeto de Código de Menores, Juiz Cavalcanti de Gusmão; idêntica atitude tomou o Presidente da Associação Brasileira de Juizes de Menores, Juiz de Brasília Jorge Duarte de Azevedo; o mesmo gesto teve o Juiz de Menores de São Paulo, doutor Arthur Costa; incorporou-se à batalha o Presidente da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, doutor Mário Altenfelder; estão conosco o Presidente do Tribunal de Justiça, Professor Murta Ribeiro e seu decano, Bulhões de Carvalho, um grande menorista do País, além do Secretário da Ordem dos Advogados, Professor Virgílio Donnici. O Ministério Público menorista, nas pessoas dos curadores Raul de Araújo Jorge, Nelson Pecegheiro do Amaral e Newton de Barros Vasconcellos aderiram à causa.

Nossa atividade terá a fôrça de uma ação declaratória para que se crie uma certeza jurídica, como ensinou o mestre Alfredo Buzaid, em sua obra de 1943. Contamos com os assistentes sociais, com educadores, psicólogos e, como é óbvio, com o poder jovem.

Não se trata, somente, de uma posição doutrinária, capaz de ensejar discussões universitárias. Estamos fazendo a hora da verdade.

É uma guerra, uma batalha campal, uma cruzada!

Mas, Virgílio Donnici, escute o seu irmão Cavallieri. Vamos deixar de ser italianos e passemos a ser mineiros. Conversemos...

AS ACUSAÇÕES

Pretendo provar, nesta exposição, que o art. 33 do novo Código Penal é IMPRATICÁVEL, INÚTIL e DESACONSELHÁVEL. Esta é a redação do art. 33 do novo Código Penal, aparecendo em letras maiúsculas as alterações introduzidas no texto original do anteprojeto de Nelson Hungria.

“**Art. 33** — O menor de 18 anos é INIMPUTÁVEL salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESTE ENTENDIMENTO. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até metade.”

Hungria, em seu anteprojeto, preferiu a expressão IRRESPONSÁVEL; havia, também, preferido a fórmula GOVERNAR A PRÓPRIA CONDUITA.

A matéria está contida no título IMPUTABILIDADE PENAL, do novo Código. O anteprojeto preferiu RESPONSABILIDADE PENAL, enquanto o Código atual, de 1940, usa o título curto de RESPONSABILIDADE.

Aqui, seria de disciplinarem-se os conceitos.

Magalhães Noronha diz:

“O Código de 40 denomina responsabilidade o que, a rigor, é imputabilidade e o anteprojeto mantém a mesma técnica.” (1º volume, página 158, “Direito Penal”).

Frederico Marques afirma o mesmo, em seu Tratado, volume II.

Na tradução espanhola de Maurach, o mestre de Múnich justifica as discrepâncias e afirma: — “Se há falta de amadurecimento ético-intelectual dos menores, ela é própria de uma etapa de crescimento natural e fisiológico e não se deve usar a expressão inimputabilidade”.

Em seus “Comentários”, Nelson Hungria não distingue entre imputabilidade e responsabilidade (volume I).

De novo, Magalhães Noronha, de quem extraímos o conceito:

“Responsabilidade é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime.” (op. cit.)

E, em outras palavras, a lição de Jimenez de Asua:

“Responsabilidade é a conseqüência do delito, a que se vincula a aplicação de uma pena.” (Tratado, Vol. V.)

Fiquemos por aqui, aceitando a posição de Murta Ribeiro, segundo o qual, deve-se aceitar a distinção, ao menos, por razões didáticas (notas de aulas).

QUEM DECIDE

A exposição de motivos ao novo Código estipula:

“Como a responsabilidade criminal dos jovens de 16 a 18 anos é excepcional, não pode caber dúvida de que deverá ser declarada pelo Juiz de Menores, se a lei processual não dispuser diversamente”.

Entendo ser o dispositivo impraticável, uma vez que os juizes de menores não podem decidir sobre o assunto, como se pretende.

É verdade, e isto já foi dito, que os juizes decidem sobre matéria que envolve questões psicológicas, personalidade, intensidade do dolo, grau da culpa, motivos, circunstâncias etc.

Mas cabe a pergunta: confundem-se estas questões com “desenvolvimento psíquico”?

Em cinco oportunidades, o Código Penal usa essas expressões:

“entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Elas aparecem no artigo 31, na regra geral da responsabilidade; no seu parágrafo único, referente à responsabilidade diminuída; no artigo 32, que trata da embriaguez e no seu parágrafo, que versa sobre a embriaguez semi-plena e no artigo 33, sobre os menores.

As causas de irresponsabilidade, em seus graus, explícitas nos artigos citados, são:

- doença mental
- desenvolvimento mental incompleto
- desenvolvimento mental retardado
- deficiência mental
- embriaguez completa
- embriaguez semi-plena
- insuficiente desenvolvimento psíquico.

A exposição de motivos pretende que os juizes de menores decidam sobre o desenvolvimento psíquico. Pretenderá, também, que os juizes decidam sobre as causas nosológicas de irresponsabilidade?

Quanto a mim, confesso a mesma e idêntica impossibilidade pessoal de decidir, por mim, quer quanto à doença mental, quer quanto ao desenvolvimento psíquico.

E advogados e promotores aceitarão, pacíficos, decisões sobre tal matéria, proferidas pelo não especializado magistrado?

Afirmo, pois, ser o artigo 33, tal como está, IMPRATICÁVEL.

Não é que os juizes de menores queiram fugir a mais uma prebenda. É que lhes faltam os instrumentos científicos para a decisão, sem apêlo aos peritos.

Não se poderá fugir ao imperativo da formação de juntas médicas para feita dos laudos. E aqui fica a dúvida: está o nosso País em condições de, em cada comarca, contar com os peritos que forneçam ao juiz o exame técnico necessário? Tenho receios muito fundados de que, a não ser na maior pequena cidade do mundo, que é Itabirito, Minas Gerais (não tivéssemos nascido lá), na quase totalidade das comarcas do interior do Brasil, o laudo comprobatório ou não do discernimento do menor, seja fornecido por sua excelência o cabo comandante do esquadrão de polícia.

Está de pé, diante do novo Código Penal, a acusação que tenho ouvido, em andanças pelo Brasil, para falar sobre menores, a acusação de que se tem legislado com o pensamento no asfalto das grandes cidades. E alertarei, como membro da Comissão Revisora do Código de Menores, aos meus colegas, para que ao compormos legislação federal, libertemo-nos de um natural complexo da metrópole.

O DISCERNIMENTO

A redação do artigo 33, embora especiosa, refere-se ao discernimento. Foi a expressão usada pelo Professor Benjamim de Moraes, em sua conferência neste simpósio.

A legislação anterior usou, com tôdas as letras, a palavra.

Mas, o que é o discernimento?

Aqui está uma opinião abalizada. Tobias Barreto, em obra de 1884, assim se expressa:

“O conceito do discernimento, de difficilima apreciação” (pág. 16).

Comentava o professor do Recife o artigo 13 do Código Criminal do Império e assim o via:

“O vago discernimento, de que trata o artigo 13, e que é possível na falta de restrição legal, ser descoberto pelo juiz até em uma criança de cinco anos . . .” (pág. 21.)

Os trechos são de “Menores e Loucos em Direito Criminal”, de Tobias Barreto, edição oficial do Estado de Sergipe, em 1926.

O texto criticado, o artigo 13 do Código do Império, tinha a seguinte redação:

“Se se provar que os membros de quatorzeannos, que tiverem cometido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção . . .”

O sistema do discernimento foi lei no Brasil, inscrito que estava, tanto no Código de 1830, como no de 1890, e a jurisprudência manifestou-se sobre ele. As pesquisas não foram muito longe. Mas podemos destacar dois pronunciamentos jurisprudenciais, em dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

“É circunstância indicativa de discernimento a certeza, no réu, de que cometia um ato punível, que o levaria à prisão” (27-10-1910).

“O maior de 9 anos e menor de 14, que procura ocultar o crime e destruir-lhe os vestígios, prova que obrou com discernimento e é responsável” (12-5-1893).

Tomando por base tais julgados, já podemos figurar o que seja o discernimento: se o menor, agora entre 16 e 18 anos, fugir da polícia, tem discernimento, é responsável e será julgado por um juiz criminal.

Quanto a mim, estou perplexo com a jurisprudência formada à época em que o sistema existiu. E existiu até quando? Verificamos que comparece aos códigos de 1830 e 1890. A pesquisa indicou quando morreu, na legislação brasileira, o discernimento.

A lei nº 4.242 de 5 de janeiro de 1921, versava sobre o orçamento da República, para aquele exercício. Os artigos 1.º e 2.º dispunham sobre as dotações em contos de réis. O artigo 3.º, entretanto, tinha curiosa redação:

“Art. 3.º — Fica o Govêrno autorizado:

1. A organizar o serviço de assistência à infância abandonada e deliçüente . . .”

E lá vinha o § 20:

“O menor indigitado, autor de crime ou contravenção, que contar mais de 14 anos e menos de 18, será submetido a processo especial . . .”

E ali, numa lei orçamentária, implantou-se o embrião do Código de Menores e, revogando-se, na matéria, o Código Penal de 1890, sepultou-se o critério do discernimento para declaração de responsabilidade penal dos menores de 18 anos.

Por aí se vê que a “novidade” que comparece ao moderno código brasileiro de 1970 é uma velharia que deixou de existir em nossa legislação há 50 anos atrás. É lamentável o retrocesso.

A CONFERÊNCIA DOS DESEMBARGADORES

Em 1965, realizou-se, nesta cidade, a III Conferência Nacional dos Desembargadores. Tentou-se, nela, salvar o sistema do discernimento, proposto, na ocasião, por Nelson Hungria, em seu anteprojeto. Um dos temas da Conferência, da qual os anais não foram ainda publicados, foi a responsabilidade penal dos menores.

Talvez por uma "mineirice", fiz uma reportagem sobre a matéria de Direito Penal, tratada na Conferência, publicada na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. É o único documento público sobre conclusões da III Conferência, ainda. Fizemos parte do grupo de trabalho que sugeriu os temas de Direito Penal, tendo indicado, além da Responsabilidade, a questão da Inexigibilidade de outra conduta.

O tema da Responsabilidade foi o que suscitou o maior interesse, tendo sido objeto de oito teses.

A favor da manutenção do Código de 1940, permanecendo a responsabilidade aos 18 anos, manifestaram-se Bulhões Carvalho, Murta Ribeiro, Cavalcanti de Gusmão, Souza Moita, Sadi de Gusmão e Ferreira Bastos, num total de seis teses. Souza Duque, desembargador de Pernambuco, ficou a favor do anteprojeto, trocando-se a expressão "desenvolvimento psíquico" por "desenvolvimento pessoal". Epaminondas Pontes defendeu a responsabilidade aos 15 anos.

A seção que examinava o assunto já havia recolhido os votos de Cordeiro de Verçosa e Souza Moita quando Pedro Braga, desembargador mineiro, apresentou substitutivo nesses termos:

"Deve ser mantida a redação do artigo 32 do anteprojeto, facultando-se ao juiz a aplicação, no caso concreto, de medidas de segurança ou educativas."

Apesar dos esforços de Bulhões Carvalho, o plenário da Conferência dos Desembargadores aprovou a posição conciliatória por vinte contra treze votos. É inegável que a Conferência fez uma tentativa para salvar, de algum modo, o sistema do discernimento, pretendido por Nelson Hungria.

O FIM DAS PRISÕES

Benjamim de Moraes afirmou, neste Simpósio, que as prisões deixarão de existir dentro de cinqüenta anos, preconizando o fim das penas privativas de liberdade, com estas palavras:

"— O novo Código Penal Brasileiro, ao estabelecer a substituição da reclusão pela detenção e desta última pela multa, está no limiar dessa nova era da vida do homem" ("Correio da Manhã", 4-4-70).

Não entendo, pois, como se pretende acabar com as prisões dentro de meio século, pretendendo estabelecê-la, agora, para aqueles que a elas não estão sujeitos. A posição é, pelo menos, contraditória.

UM DEPOIMENTO PESSOAL

Apresento meu testemunho baseado numa "sofrência" de cinco anos de Juizado de Menores. O termo, simbiose de vivência com sofrimento, neolo-

gismo de uma canção popular, expressa uma experiência adquirida com o julgamento de cerca de seis mil menores infratores. Quase todo o meu tempo de magistratura foi dedicado ao convívio com menores delinquentes. Afirmo, com toda a lealdade, que dos 6.000 menores infratores que julguei — à exceção dos doentes mentais — todos eles tinham discernimento. Afirmo-o com a mais absoluta convicção: qualquer rapaz ou moça, que não sejam doentes mentais, têm discernimento.

O discernimento a que se refere o Código Penal não é um discernimento genérico para todas as coisas da vida e do mundo, mas específico, para a compreensão do caráter ilícito do fato. Não se trata de constatar se havia, no menor de 16 anos, discernimento para matéria de alta indagação, mas, simplesmente, um discernimento específico para entender o caráter ilícito do fato (momento intelectual) e determinar-se de acordo com este entendimento (momento volitivo) — o que só não ocorrerá ao jovem de 16 anos se ele for um doente mental.

Afirmo, pois, contrapondo-me à exposição de motivos ao Código, que a responsabilidade aos 16 anos não é excepcional. Ela passará a ser a regra.

DIFICULDADE TÉCNICA

Há a acrescentar a talvez intransponível dificuldade técnica que advirá da conceituação do discernimento, por parte dos peritos. Quem esteve no recente simpósio organizado pela Faculdade Cândido Mendes — que tinha que ser feito e foi por Virgílio Donnici — há de se lembrar da discussão que se formou entre dois médicos-legistas, diante da presença perplexa de nós, antigos estudantes de Direito, em torno do conceito de “doença mental”. Evoco o testemunho de quem lá esteve. Foi preciso que o presidente do conclave encerrasse a discussão, pois não houve possibilidade de que suas excelências, ilustres professores, por quem temos o maior respeito, chegassem a um acordo, dentro de suas concepções técnicas e científicas, sobre uma definição de doença mental.

CÓDIGO HUMANISTA

Foi dito que o novo Código Penal é uma legislação humanista e, realmente, o é. Como entender, pois, que um código humanista pretenda impor penas criminais — que acabarão dentro de 50 anos — aos jovens de 16 anos?

A REPÚBLICA DE IPANEMA

Enfrento um outro argumento. O artigo 33 permitiria ao juiz tratar desigualmente e, portanto, com justiça, ao jovem da chamada República de Ipanema — o habitante da grande cidade — e ao jovem do interior do País. Teriam desigual discernimento.

Serei ousado ao afirmar que, tanto o tabaréu que trabalha em uma fazenda no sertão do Brasil e o jovem de Copacabana têm o mesmo, absolutamente o mesmo, discernimento para crimes e contravenções. Nenhum juiz terá que julgar de modo diferente os dois jovens, pois aferirá seu entendimento exclusivamente com relação a fatos que possam praticar. Que delitos praticará o caipira? Furtará um cavalo, seduzirá a filha do fazendeiro, lesionará seu desafeto, empenhar-se-á em rixa — que mais? Não

sabe o caipira de 16 anos — a menos que seja um doente mental — que tais atos são ilícitos? Onde, pois, a diferença? O jovem da grande cidade furtará um automóvel, praticará contravenções. Onde a diferença? Não têm eles, igualmente, discernimento para os atos que praticam?

Teria o tabaréu possibilidade de praticar o crime de falsidade ideológica, para o que seria de exigir-se alguma acuidade intelectual? Mas como, se em cinco anos, na Guanabara, só ocorreram três casos de falsidade ideológica praticados por menores de 18 anos.

O BONDOSO JUIZ DE MENORES

Poder-se-ia confiar na propalada bondade do juiz de menores, para livrar, sob o império do artigo 33, o jovem da prisão comum? Espera-se que o juiz de menores dirá sempre que o jovem não tem discernimento, para protegê-lo da lei?

Examinemos um fato concreto: môça de 17 anos, filha de comerciante, pratica na direção do carro do próprio pai, a seu lado, na Quinta da Boa Vista, sem possuir a autorização da Inspetoria de Veículos, o chamado “papagaio”. É detida por guarda de trânsito e daí vai à audiência do Juiz de Menores, pela prática da contravenção descrita no artigo 32. Poderia o juiz decidir — se já em vigor o nôvo Código Penal — que aquela môça, aluna do Instituto de Educação e quase professôra, não tinha suficiente desenvolvimento psíquico para entender que praticava um ilícito? Aceitaria ela a declaração do juiz, que a equiparava a uma deficiente mental? Poderia o Curador de Menores, para proteger a jovem, reconhecer uma falta de discernimento? Ali estavam tôdas as características técnicas a afirmar a responsabilidade penal da menor, indicando o caminho de uma vara criminal. Como violentarem membro do Ministério Público e Juiz suas consciências, o conhecimento do fato, tôdas as provas afirmativas da prática da contravenção? E ao juiz criminal a que fôsse enviada restaria outro caminho que não o da condenação? Está bem, a pena seria pecuniária? E a primariedade?

A preocupação maior do juiz não é o ato de selvageria do menor de 18 anos que mata ou rouba e que aparece nas manchetes dos jornais. Para êstes, temos o tratamento adequado. A preocupação está nos atos de pequena importância, as contravenções, para as quais não se poderia negar discernimento no menor e que levarão para as varas criminais, fatalmente, a juventude entre 16 e 18 anos de idade.

O PERSONAGEM DE 16 ANOS

Afinal, quem é êsse personagem de 16 anos de idade? Quem não o tem em casa, filho, sobrinho, aluno, amigo, neto?

Freqüenta o futebol, vai ao cinema, êsse “cavalão” de 16 (desculpem, o termo é do Padre Charbonneau) já fumará o seu cigarrinho, está no segundo ano científico, no ano que vem vai se preparar para o vestibular da Universidade; quem sabe, já teve sua experiência sexual, já trabalha, tem sua namorada. . . E não tem discernimento para entender o caráter ilícito de um ato que pratique?

Impõe-se repetir a conclusão: a responsabilidade penal aos 16 anos, tal como está no Código Penal, condicionada ao discernimento, não é a exce-

ção, mas a regra. Alcançará a todos os jovens brasileiros com 16 anos de idade, com exceção dos portadores de doença mental.

Quanto a mim — lamento que a afirmação será encarada como argumento *ad terrorem* — mas expresse uma convicção formada em tranquilas reflexões e experiências: se não fôr derogado o art. 33 do Código Penal, a partir do momento em que entre em vigor, encaminharei, por ofícios impressos, todos os menores com 16 anos que forem enviados ao Juizado de Menores da Guanabara, desde que não tenham deficiências mentais flagrantes aos meus colegas das varas criminais.

UMA CONFISSÃO

O Anteprojeto Hungria foi publicado em 19 de fevereiro de 1963. No dia 5 de março de 1963, o “Correio da Manhã” publicava notícia da realização de solenidade da aula inaugural da Faculdade de Direito Gama Filho. Ali, talvez, tenha sido feito o primeiro pronunciamento público sobre o anteprojeto, naquela aula inaugural proferida por mim.

Confesso haver elogiado todo o anteprojeto e, especialmente, a redução da responsabilidade para os 16 anos.

Assim se referiu o jornal ao fato:

“A aula foi proferida pelo professor Alyrio Cavallieri, assistente do Desembargador Murta na cadeira de Direito Penal. O orador elogiou os pontos básicos do Anteprojeto Hungria, referindo-se às prisões abertas, ao dia-multa, à menoridade penal, que o juiz poderá fixar em 16 anos...”

Humildemente, subo a Canossa, confesso *mea culpa* e, já tendo elogiado o dispositivo que hoje condeno, só tenho a meu favor uma justificação: àquele tempo, eu não era juiz de menores. Bastou que convivesse seis meses com os menores infratores para reformular minha posição. Abram os créditos aos penalistas que fizeram o Código Penal; não são minoristas; se o fossem, compreenderiam as nossas razões. Não é sem pena que nenhum juiz de menores, nenhum curador, assistente social, psicólogo especializado, diretor de estabelecimento de reeducação, — ninguém é a favor do artigo 33.

DESFAZENDO DÚVIDA

Acredito existir, em muitas cabeças, uma dúvida que deve ser desfeita, em poucas palavras, muito significativas.

O Anteprojeto Hungria, que é de 1963, tinha no seu artigo 32 o dispositivo que é agora, no Código, o artigo 33, com muita ligeira alteração. Como pretendo haver demonstrado, levará os jovens com 16 anos para as prisões.

O Anteprojeto é de 1963. Nunca é demais lembrar que a Revolução Brasileira é de 1964. Para bom entendedor, bastam essas palavras, recusados os dons divinatórios.

O DISPOSITIVO INÚTIL

Haveria algo a justificar o rebaixamento da idade da responsabilidade penal?

Haverá um grave problema de delinqüência juvenil no país a exigir das autoridades, do legislador, medidas coercitivas?

Refiro-me não ao que sei mas ao que posso provar, com documentos. Afirmou o Dr. José Barreto, juiz de menores de Fortaleza, Ceará:

“Delinqüência diminui em Fortaleza. A delinqüência juvenil em nossa Capital não tem atingido a um ponto que possa preocupar seriamente as autoridades.” (“Tribuna do Ceará”, 17-9-1969.)

De São Paulo vem a abalizada informação, prestada pelo juiz de menores da Capital, Dr. Arthur Oliveira Costa:

“A diminuição, cada vez mais acentuada, da estatística delinqüencial do menor nesta Capital é a revelação mais auspiciosa para o nosso trabalho.” (“Diário de São Paulo” de 24-6-1969.)

OS NÚMEROS DA GUANABARA

A incidência de atos anti-sociais, previstos nas leis penais, praticados por menores de 18 anos, na Guanabara, apresenta o seguinte quadro:

Anos	1964	1965	1966	1967	1968	1969
Número de Processos	1.028	1.018	807	1.169	1.189	1.120

Os números referem-se à quantidade de processos ou casos, e não ao número de menores, pois há processos que compreendem dois ou mais menores. Verifica-se que no ano de 1969 houve 69 casos a menos que em 1968. Não há explicação para a diminuição de 20% no ano de 1966. Talvez tenha o juiz rezado um pouco mais. Chamados ao meu gabinete, em memorável reunião, cerca de trinta delegados de polícia, ao se fechar a estatística do ano de 1966, tentou-se explicar o fato. A Polícia havia trabalhado igualmente nos casos graves como nos simples. Não houve justificação para o feliz evento.

Constata-se não ter havido, sequer, um crescimento vegetativo de delinqüência juvenil, na Guanabara, tal como em todo o país.

Sob o aspecto qualitativo, as incidências foram as seguintes:

Anos	1964	1965	1966	1967	1968	1969
Contravenções	14%	17%	12%	9%	8%	8,48%

CRIMES

Contra a Pessoa	14%	13%	20%	20%	22%	23,48%
Contra o Patrimônio	58%	56%	53%	53%	53,5%	51,27%
Contra os Costumes	6%	6%	5,5%	7,5%	10%	9,55%
Entorpecentes	7%	6%	7,5%	7,5%	6%	3,92%
Outros	1%	2%	2%	3%	0,5%	3,3%

No dia 31 de março de 1970, foi tombado o Processo nº 267; a continuar a incidência, teremos, ao final do ano, um número inferior ao do ano passado, se a tanto Deus nos ajudar, pois a média mensal é inferior a 90 e os meses piores já passaram, os do verão, com as fontes geradoras das festas de fim de ano, o Carnaval; a Semana Santa, não.

Há quem duvide das estatísticas. Mas temos a nosso favor a lei dos grandes números: quando os números se repetem, há uma presunção de verdade. Assim diz a ciência da estatística.

Os números apresentados não pretendem espelhar todo o quadro da delinqüência da cidade, mas aquilo que chega ao conhecimento da autora-

de. Mas que outros números poderemos contar? E há que reparar estarem aqui, juntamente com as leves contravenções, os casos graves de homicídios e assaltos a mão armada, praticados por menores de 18 anos.

O quadro seguinte explicita as ocorrências de 1969.

ANO DE 1969

Total de casos: 1.120

Contravenções	95	8,48%
CRIMES		
homicídios dolosos	10	
homicídios culposos	16	
lesões dolosas	197	
lesões culposas	31	
outros	9	
total de crimes contra a pessoa	263	23,48%
furtos	480	
roubos	67	
danos	12	
outros	15	
total de crimes contra o patrimônio	574	51,27%
contra os costumes	107	9,55%
entorpecentes	44	3,92%
outros	37	3,30%
totais	1.120	100,00%

RÁPIDA ANÁLISE

Este quadro, que repete, quase, em 1969, as incidências dos anos anteriores, refere-se a contravenções (entre as mais comuns a direção de veículo sem habilitação, o porte de arma, o jogo de bicho e, com absolvições liminares, em regra, a “pelada” na rua) e crimes. Talvez se explique uma tendência para o aumento dos crimes culposos contra a pessoa pelo fato de que, em certa época, os menores com 17 anos podiam dirigir automóvel. Inconformados com a cassação súbita e injustificável quanto incompreensível, continuaram a dirigir. Entre os delitos contra a pessoa, contam-se 10 homicídios dolosos, praticados por menores de 18 anos, assim como o “atropelamento” de uma senhora por um garoto de 8 anos, em sua pequena bicicleta. Ela ficou tão levemente lesada, que não foi a exame de corpo de delito. Desculpe, senhor presidente, mas há muita gente chata neste mundo...

Pretende-se ter como provado não existir um grave problema de delinquência juvenil, nem nesta cidade, nem no país, com esta incidência de mil casos por ano. Se não existe o problema, porque mudar a lei?

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA JUVENTUDE

Diz a exposição de motivos ao Código Penal que

“parece certo que a possível redução do limite da imputabilidade a 16 anos aumenta a consciência da responsabilidade social dos jovens”.

Há que distinguir entre os atos anti-sociais típicos (que correspondem a uma figura penal) e os atos anti-sociais atípicos. Há uma variada e extensa

gama destes últimos, que não correspondem a um ilícito penal. Se alguém pensa que poderia resolver o problema da turbulência da juventude baixando o limite da responsabilidade penal estaria redondamente enganado. Não faço, entretanto, esta injustiça aos autores do Código. Somente os atos anti-sociais que correspondem a um crime ou a uma contravenção é que levariam um jovem para o âmbito do artigo 33 do Código. Ele só se refere ao menor infrator.

MENOR INFRATOR

Proponho o seguinte conceito:

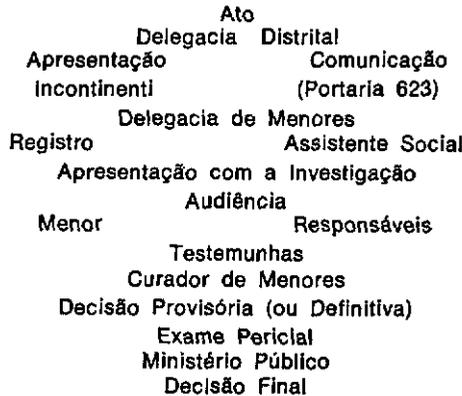
“Menor infrator é qualquer pessoa de até 18 anos de idade que pratica ato previsto em lei penal, sujeitando-se a medidas prescritas na legislação especial.”

Destacam-se, no conceito, êstes elementos essenciais: a pessoa (até 18 anos), o ato (anti-social) descrito em lei e as medidas especiais.

Inafortunadamente, há uma errada compreensão a respeito do infrator e sua relação com o Juizado de Menores. Muitos, e infelizmente até competentes membros da comunidade, imaginam ficar o menor infrator no limbo, em um terreno ideal entre o céu e a terra, nada lhe advindo como consequência de seu ato.

Mas a verdade é que o menor infrator tem um tratamento absolutamente idêntico ao criminoso adulto, sob o aspecto processual principal, com as atenuações de um tratamento rápido e consentâneo com sua pessoa.

Na conformidade com a legislação em vigor, que repetiu a que foi imposta em 1943, e que é a Lei nº 5.258, alterada pela de nº 5.439, de 22 de maio de 1968, a rotina processual neste Estado é a seguinte:



O quadro explica-se, brevemente: praticado o ato pelo menor, é ele levado à polícia, onde se faz uma investigação, colhendo-se todos os elementos de prova. O menor é logo apresentado ao Juiz ou, se necessário, a autoridade policial comunica sua detenção, autorizando o Juiz sua permanência na polícia, para melhor apuração do fato. Conduzido à Delegacia de Menores, imediatamente uma assistente social faz um relatório social, que acompanhará o menor à audiência, onde será ouvido, juntamente com responsável, se tiver, testemunhas etc. Forma-se, aí, todo um contraditório, para propiciar ao Ministério Público e ao magistrado uma decisão.

A PORTARIA 623

Abro um parênteses para referir-me à Portaria que interpretou a obrigação de apresentar a autoridade policial, incontinenti, o menor ao juiz.

Dispõe a lei que o menor deve ser logo encaminhado à justiça especializada. A Portaria nº 623, de nossa autoria, permite à polícia, nos casos de atos graves ou em que haja co-autoria com maiores, reter o menor para melhor apuração do fato. Interpretamos o dispositivo legal entendendo que a apresentação poderia ser feita através de uma comunicação ao plantão do Juizado, que funciona atualmente de 9 às 24 horas, com utilização de qualquer meio — estamos na era eletrônica, pelo telefone, por telex.

Feita a comunicação, o Comissário leva o impresso próprio ao Juiz que autoriza a permanência do menor na delegacia, separado de maiores, ou designa quem o acompanhe nas diligências. Aceito ter sido uma interpretação corajosa da lei que, por um lado protege o menor e por outro atende ao interesse de proteção da sociedade, ao propiciar à polícia a apuração de fato grave.

A DECISÃO

Para espantar dúvidas, examinemos uma decisão judicial referente a menor. Aqui está uma, de autoria do ilustre juiz, menorista, Pedro Ligiero:

“Vistos etc. (A expressão inicial está a denunciar tratar-se de uma sentença formal.) O menor investigado (fulano de tal) tem contra si a acusação de haver praticado o ato previsto no artigo 121 do Código Penal. (Seguem-se a descrição do fato, referência aos testemunhos, laudo de exame cadavérico etc.) Em suas declarações, o menor situa uma possível legítima defesa. Aqui, falha a tese; êle não conhecia a vítima e não sabia tratar-se de um seu desafeto. Estamos diante de um roubo com resultado morte, tipificando o ilícito do art. 157, § 3º, do C. Penal...”

Desenvolve-se a sentença com todos os requisitos de uma decisão de juiz criminal. O juiz de menores examina a ocorrência dos requisitos, de um conceito de crime, a presença dos elementos constitutivos, a *imputatio facti*, a causalidade, a culpabilidade, se houver dolo ou culpa; a existência de causas de exclusão, subjetivas ou objetivas. Sômente após todo o exame dessas condições, em que o menor foi submetido a um processo criminal regular, êle se distingue do criminoso maior: se menor, o juiz aplica uma pena, se culpado; como se trata de menor de 18 anos, o juiz adota uma medida das preconizadas pela lei especial.

Até o momento, crítico dispositivo, não há distinção entre menor e maior. Defendo esta tese, que sinto revolucionária, como imperativo de garantia de um direito inalienável, que não pode ser negado ao menor — o do julgamento regular —, assim como do direito da vítima ou do lesado. Levei a tese ao Encontro de Juizes, Curadores e Diretores de Obras Assistenciais, promovido pela Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, em Pernambuco, em outubro de 1969. Muitos divergiram, entre os mais ilustres o autor do Anteprojeto do Código de Menores, Cavalcanti de Gusmão. Para mim, o menor está dentro do Direito Penal, completo, inteiro, até o momento em que há a opção entre a pena e a medida educativa.

Restaria expor todo o campo em que operam, no setor especializado, as assistentes sociais, sem as quais não entendo um juizado de menores; e o papel do médico, essencial, ao lado do tribunal juvenil. Temos, na Guanabara, implantado o embrião da mais moderna côrte judicial juvenil: juiz, ministério público, assistente social e médico são uma constante nos julgamentos dos mil casos que nos são apresentados cada ano. Quanto à qualidade do material humano, forçoso é assinalar a presença da chefe do Serviço Social, Julieta Pires, com dois estágios em Vaucresson, França, o maior centro de reeducação do mundo, e dos médicos do Juizado, especialistas, Paulo Gemal e Murilo Campos.

A PRISÃO PERPÉTUA DO MENOR

Insisto na tecla: o menor infrator não é um personagem que entra por uma porta e sai por outra, nos juzizados. Aí está o bloqueio da reincidência a falar por nós e que pode ser levado a tal perfeição que se extinga, através da medida da liberdade assistida.

Mas refiro-me à permissão legal, existente no direito brasileiro, do menor desde 1943 e que permite que um menor seja "condenado", deixamos passar o termo, à prisão perpétua.

Expliquemos.

A lei em vigor indica as medidas a serem impostas ao menor. O juiz examina o fato e as condições do menor. Com relação ao fato, suas circunstâncias e motivos; com relação ao menor, as suas condições. Pelo exame feito, conclui o julgador ser ou não perigoso o menor. Se não fôr perigoso, o menor será entregue a responsáveis, colocado em guarda ou internado. Concluído o exame pela perigosidade do menor, será êle internado até que, mediante parecer técnico e com a concordância do Ministério Público, seja desligado. Segundo a lei de introdução ao Código Penal, em seu artigo 7º e parágrafos, ao completar 21 anos de idade, continuando perigoso o menor internado, o juiz de menores o colocará à disposição do juiz criminal, que só poderá liberá-lo se, após exames periciais, fôr constatada a cessação de sua perigosidade.

UM CASO CONCRETO

Examino um caso atual. Um rapaz, com 17 anos, há cêrca de três anos, matou, por motivo fútil, à porta de uma "birosca", um seu desafeto. Acautelado na seção especial da Penitenciária Milton Dias Moreira, meses depois, lá matou de novo. Vindo à minha audiência, interrogo-o (digamos que se chama José).

— O que houve, José?

— Olha chefe (êles sempre nos chamam de chefe). Ele mexeu comigo e eu fechei êle.

As investigações demonstraram ter José agido por motivo fútil. Sua alegação de que a vítima o convidara para práticas homossexuais não restou provada. Submetido a exame de sanidade mental, o laudo só revelou periculosidade. José já completou 18 anos de idade e continua detido. Outro exame não revelou a cessação da periculosidade. Ao completar 21 anos, será José colocado à disposição do juiz das execuções criminais, que o man-

dará à Ilha Grande. Sinto, com pesar, que José continuará perigoso pela vida a fora. Não tendo sido condenado a uma pena, ficará isolado da sociedade até à morte. Aí está a perfeição da lei dos menores, na proteção absoluta da comunidade, perdido o sentido da pena criminal por tempo certo. Um juiz de menores não devolve ao convívio ninguém que não possa frequentar o meio social. Por mim, jamais o fiz, em cinco anos, quer se tratasse de um homicida ou do ladrãozinho do furto famélico, que se equipara ao abandonado.

Impõe-se a indagação: alguém que dispõe de uma legislação como esta precisa de alguma legislação que o obrigue a ser mais enérgico?

Insisto na indagação: pensará alguém que refreará uma mocidade contestadora, diante da sociedade permissiva, com uma lei penal mais severa?

O JOVEM MODERNO

Não, não se enfrenta a juventude buliçosa, que contesta a **permissiva society** com a lei penal. O jovem contestador foi a criança totalmente protegida, a princípio no ventre materno, depois no berço. Salta do berço para diante da televisão, a ama seca eletrônica. Aí começam as influências externas, sobrepondo-se às regras familiares, pela intervenção do meio ambiente, a escola primária, os companheiros da rua, a vida universitária, os jornais, as revistas, o cinema, a televisão, os meios quentes e frios, como os classificou Mac Luhan. A influência familiar é cada vez menor. O jovem carrega consigo a carga educacional que trouxe do lar, mas esta cede à medida que os meios de comunicação atuam sobre ele. Admitamos a existência dos maus filhos das boas famílias, e este é justamente o título de um livro do grande juiz Henri Joubrel, que dentro em pouco presidirá um Congresso Internacional da Associação Internacional da Infância, em Versailles, "Les mauvais fils des bonnes familles". E quantas vezes temos encontrado, no Juizado, aqueles casos que nos deixam perplexos, daquele menor que se desviou, chegando até à degradação. Examinado o caso até seu âmago, constata-se provir ele de uma excelente família, em que nada lhe faltou, nem carinho, nem compreensão, nem amor. A mãe não trabalhava fora do lar, não jogava biriba nem o pai era um doidivanas. As influências externas falaram mais alto. E talvez o momento mais amargo de minha profissão tenha sido o dia em que, diante daquele jovem, cujo pai era um policial ilibadíssimo, cuja mãe não se afastava do lar e que, apesar de tudo, deu o mau passo e o pai, enfrenta o filho, dizendo-lhe, pungente, dramático num desabafo que aterra o juiz, também um pai de família:

— "Meu filho, você me traiu!"

OS ESTABELECIMENTOS

Há uma denúncia de suma gravidade que precisa ser formulada. Talvez não se conteste o nôvo Código Penal com a veemência que agora o faço. Lamento ter que fazê-lo. Mas não é possível tratar o assunto sem veemência. A Guanabara não possui estabelecimentos para menores perigosos. O Professor Benjamim afirmou neste simpósio existirem 19 menores na penitenciária da Rua Frei Caneca. Há quinze. Pois bem. Nem a Guanabara possui o estabelecimento para tais menores. O que dizer do resto do Brasil? Ora, se não há um grave problema de delinquência juvenil, se não há estabelecimentos adequados, porque insistir no rebaixamento da responsabi-

lidade? Basta escrever-se na lei "criem-se os estabelecimentos"? Não está por cumprir-se, quanto a estabelecimentos, o Código de 1940? Sejamos realistas.

A HORA PRESENTE

E há mais. O Brasil acaba de despertar para o problema do menor. A grande obra da Revolução Brasileira, a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor é jovem de poucos anos; o Tribunal de Justiça de São Paulo realiza, daqui a pouco, uma semana de estudos sobre o menor, em nível estadual. O Tribunal de Justiça da Guanabara acaba de, reformulando sua organização judiciária, dar uma estrutura moderna e operacional ao seu juizado de menores, com vigência para 1971, proporcionando-lhe a criação de novos cargos, 50 de comissários, 50 de assistentes sociais, 30 motoristas, quatro curadores, a presença fixa de quatro juizes. Aí estão as fundações estaduais a se criarem. Os encontros de especialistas. O País despertou para o magno assunto, aumentando as possibilidades de prevenção e tratamento do menor infrator. O novo Código será um passo atrás.

A LOTERIA DA IDADE

É verdade que a fixação da responsabilidade em 18 anos é feita com base num critério lúdico, aleatório. O critério de fixação de idade é sempre deficiente, como o disse Heleno Fragoso. Citando Martin Wolfe, diria eu ser uma solução desesperada o legislador precisar fixar um limite. Porque 21 para a capacidade civil? E os 35 para a eleição a senador? E os 18 para votar? Porque não votar com 17 anos, 11 meses, 29 dias e 23 horas e cinquenta e nove minutos? Porque? A fixação em 16 anos não melhora o critério. Porque 16? E não 15 e meio ou 16 e meses? A precariedade é a mesma.

O CÓDIGO PENAL MILITAR

Pretender-se uniformização, com base no Código Penal Militar, já em vigor, que adotou o critério dos 16 anos com o discernimento — é querer-se estender à maioria a regra da minoria. Não sabemos, ainda, que dificuldades estará enfrentando a justiça castrense, com o exame de desenvolvimento psíquico. É cedo para saber.

Porque a responsabilidade penal é aos 16 anos, na justiça militar?

Responde, por mim, o Tenente-Coronel Cecil de Carvalho, em estudo sobre o assunto, com estas palavras:

"Da possibilidade de existirem militares menores de 18 anos, surgiu essa antecipação imperiosa PARA A MANUTENÇÃO DA DISCIPLINA MILITAR." (In Anais do Primeiro Congresso de Direito Penal Militar.)

DIREITO COMPARADO

Embora os autores sejam, às vezes, contraditórios, talvez devido a mudanças não anotadas, a informação que se colhe, com relação à idade da responsabilidade em outros países, são em regra, as seguintes: em três países, 21 anos; em 29 países, 18 anos; em 10 países, 16 anos; em 10 países, 15 anos; o Haiti em 14 anos. Os dados encontram-se em Aldo de Assis Dias, "O menor em face da justiça". Ele foi juiz de São Paulo, por longo

tempo, e é, também, contra o critério do discernimento. Segundo Bulhões Carvalho, a tendência das legislações é firmar a idade limite em 18 anos, segundo quadro publicado pelas Nações Unidas, em 1955, com relação a quarenta países. Não encontramos, nas modernas legislações sobre menores, o sistema que agora se pretende introduzir no Brasil.

Os mais modernos e elogiados documentos legislativos são a Lei Belga e o Código Português, chamado Lei Tutelar de Menores. Em nenhum dos dois países cogitou-se do discernimento. Em Portugal, a responsabilidade começa aos 16 anos, sem discernimento, mas a proteção do juiz especializado alcança até os 21 anos.

Segundo o Instituto Interamericano del Niño, sob cujos auspícios dois brasileiros fizeram um curso, em Cordoba, e são eles o Curador de Menores, Pecegueiro do Amaral e o juiz Cavalcanti de Gusmão, a responsabilidade deve fixar-se em 18 anos. Assim dispôs em dezembro de 1966, na Argentina, o XII Congresso Interamericano da Criança. E já o XI Congresso, em novembro de 1959, na Colômbia, fazia a mesma recomendação.

Assim falam os especialistas menoristas. É de negar-se aos congressos de penalidades decidir sobre a matéria, embora se reconheça sua alta competência técnica.

Maior autoridade caberia, por exemplo, a uma reunião de juristas especializados em direito de família, realizada em 1963, aqui no Rio de Janeiro, e cuja primeira recomendação foi justamente esta: serão inimpugnáveis os menores de 18 anos.

É verdade que a Nicarágua adota o critério do discernimento. Mas seu Código Penal é de 1891.

A IUGOSLÁVIA

O dispositivo que ora combatemos veio para o Código Penal através do artigo 32 do Anteprojeto Hungria. O grande mestre, ao pé do artigo 32, faz uma remissão:

“Cod. iugoslavo, art. 79-c.”

Ficamos, assim, conhecendo a origem. Ora, se o sistema é bom para a Iugoslávia, quem sabe será bom para o Brasil?

Nada tenho, pessoalmente, contra a Iugoslávia, ainda mais que ela, nem sequer, disputa a Copa do Mundo. Se disputasse, haveria, pelo menos, uma razão.

Teria aprovado, na Iugoslávia, o sistema agora preconizado para nosso país? Vejamos.

Aqui está a opinião do Dr. Branislav Scaberné, do Instituto de Criminologia da Universidade de Lubliana (Iugoslávia), em alentado estudo sobre “Ajuda social à infância na Iugoslávia”, publicado no número de outubro de 1969, na Revista Internacional da Criança, página 33:

“*La délinquance juvénile augmente d’année en année en Yougoslavie. De 1960 à 1966, le nombre de jeunes contre lesquels les tribunaux prononcèrent une condamnation en vertu du code pénal, a passé de 2.422 a 5.572.*”

País sem cultura jurídica apreciável, pertencente à Cortina de Ferro, só inspira um pronunciamento:

— Se não é bom para a Iugoslávia, não é bom para o Brasil.

UM PRECEDENTE

Ninguém mais se lembra da equívoca Lei nº 5.258, que impunha medidas reeducativas a menores infratores. Essa lamentável lei, que obrigava o juiz a internar o menor, sem opção, tôda a vez que êle praticasse um ato criminoso a que fôsse imposta pena de reclusão, durou pouco. Segundo ela, pelo primeiro furto, o menor devia ficar internado, pelo menos, por 8 meses. E a medida era reeducativa. Não sabemos como reeducar a prazo certo. Ao combater essa anomalia legislativa, perante a Universidade Católica de Petrópolis, a convite de Pecegueiro do Amaral, examinamos a legislação de 32 países. Encontramos até pena de morte para meninos, mas o tribunal poderia optar por outra medida. Entretanto, em nenhum lugar da terra, um juiz de menores era obrigado a impor a medida, sem considerações às condições do menor, sua família etc., como o dispunha a lei brasileira.

Esta famosa Lei nº 5.258, promulgada pelo Presidente Costa e Silva, subscrita por três ministros, só durou dez meses. A sensibilidade dos homens da Revolução Brasileira falou mais alto. E a Lei nº 5.439 alterou-a, restabelecendo o sistema de 1943, que faz preponderar o critério da perigosidade, em 22 de maio de 1968.

Há, pois, no campo menorista, um precedente que nos anima a pleitear a derrogação do artigo 33 do nôvo Código Penal.

DESACONSELHÁVEL

Temos fé em que a posição dos juízes que se reuniram no III Encontro Nacional de Juízes de Menores, em Brasília, em 1968, seja respeitada: imputabilidade aos 18 anos.

O meu maior receio é que o artigo 33 só sirva para exploração política junto à juventude, como já o vislumbrou a imprensa (artigo de "O Globo", de 16 de março de 1970). Imagino o que fariam, demagógicamente, os subversivos, explorando êsse texto entre os jovens. Lembremo-nos de que 58% dos menores que comparecem ao juizado de menores têm 16 e 18 anos. Tal foi a percentagem de 1969.

Como tenho feito a todos os juristas, professôres, educadores de todo o país, faço um apêlo à Ordem dos Advogados do Brasil, que tão bondosamente me acolheu e a esta palestra, para que se manifeste, como já o fiz, perante o Ministro da Justiça, a fim de que desapareça do nôvo Código Penal o critério do discernimento, velho de 50 anos, ao baixar, sem razão nem motivo, a responsabilidade para 16 anos de idade.

Desculpo-me pela forma, talvez, apaixonada, com que tratei o assunto. Não saberia fazê-lo de outra forma. Afinal, isto é, também, patriotismo.

INOVAÇÕES DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL DE 1969

PROFESSOR RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO

SUMÁRIO

N.ºs 1, 2 e 3	Introdução
4	Título I — Aplicação da Lei Penal
5	“ II — Do Crime
6	“ III — Da Imputabilidade Penal
7	“ IV — Do Concurso de Agentes
8	“ V — Das Penas
9	“ VI — Das Medidas de Segurança
10	“ VII — Da Ação Penal
11	“ VIII — Da Extinção da Punibilidade
12	Contribuição da doutrina, da jurisprudência e da legislação estrangeira.
13	A Prudência do Legislador.

1. Parece-nos que, para o conhecimento de nossa nova Lei Penal, a vigorar a partir de 1º de agosto de 1970, o primeiro passo deva ser a pesquisa das principais inovações introduzidas, a se realizar através do confronto entre o Código de 1940 e o novo Código.

2. É certo que a Parte Geral continua disciplinada em cento e vinte artigos, como no Código de 40; é certo que foram mantidos os mesmos títulos, capítulos e seções. Mas apesar de tudo isso, várias e profundas alterações foram introduzidas.

3. Examinemos o novo texto, acompanhando a ordem de apresentação de seus títulos e focalizemos os pontos de maior relevância na Parte Geral.

4. **No Título I — Da Aplicação da Lei Penal** — poucas foram as alterações introduzidas, como o reconhece a Exposição de Motivos (nº 4). Podemos apontar cinco: duas referentes à aplicação da lei penal no tempo e três referentes à lei penal no espaço.

A primeira inovação vamos encontrar no critério estabelecido para o reconhecimento da *lex mitior*. Segundo o art. 1.º, § 2.º, a lei mais favorável surgirá da comparação das duas leis sucessivas, “consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”. Tal dispositivo, que reproduz norma do Anteprojeto HUNGRIA (art. 2.º, § 2.º), corta o debate doutrinário a respeito ⁽¹⁾ e impede, mesmo, que o juiz se transforme em legislador, compondo uma terceira lei, com parte da antiga e parte da nova ⁽²⁾.

A segunda inovação está na precisa conceituação do **tempo do crime**. Estabelece o art. 5.º que “o crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Seguindo a teoria da atividade ⁽³⁾, aqui nada mais fez o legislador, senão acolher o ensinamento da doutrina dominante.

Em terceiro lugar, registramos a definição do território nacional (art. 7.º, § 1.º) que, para efeitos penais, estende-se a aeronaves e navios brasileiros, conforme sua natureza e o lugar onde estejam.

(1) Favoráveis à solução ora tomada: N. HUNGRIA, *Comentários*, ed.1949, vol. I, p.96; A. BRUNO, *Direito Penal*, 1956, 1.º, p.263; PANNAIN, *Diritto Penale*, 2ª ed. I, n.º 63; ANTOLISEI, *Manuale Dir. Penale*, 5ª ed., vol. 1.º, n.º 44; BATTAGLINI, *Direito Penal*, trad. bras. 1964, n.º 22, p. 76.

Contrários, isto é, admitindo aplicação simultânea das duas leis: M. NORONHA, *Direito Penal*, ed.1959, vol. 1.º, p.104; J.F. MARQUES, *Curso Dir. Penal*, ed.1964, vol. 1.º, p. 192; Conclusão XXXIX, 1ª Conf. Desembargadores.

(2) “... estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissidente, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jôgo.” (N. HUNGRIA, *Coments.*, I, p.96.)

“... seria autorizar al magistrado para crear una tercera ley — con disposiciones de la precedente y de la posterior — con lo cual se arrogaria funciones legislativas que no tiene.” (ASUA, *Tratado*, vol. 2.º, n.º 715, p.548.)

(3) As outras duas são a teoria do evento e a teoria mista (Cf., BETTIOL, *Diritto Penale*, ed., p.132; ANTOLISEI, *ob. cit.*, I, p.84).

Em quarto lugar, vemos a aplicação da lei brasileira aos crimes de genocídio, mesmo praticados no estrangeiro, se o agente é brasileiro ou domiciliado no Brasil (art. 8.º, I, d) e aos crimes praticados em aeronaves e navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro, se lá não forem julgados (art. 8.º, II, c).

Finalmente: dispõe o art. 10, III, que a sentença estrangeira será homologada no Brasil para reconhecer o condenado como “reincidente ou criminoso habitual”. Entendem os mestres ROBERTO LIRA ⁽⁴⁾ e JOSÉ FREDERICO MARQUES ⁽⁵⁾, interpretando a lei atual, omissa a respeito, que não há necessidade de homologação para positivar a reincidência. Tal conclusão já não prevalecerá, diante dos termos claros do novo texto, inspirado no art. 12 do Código Rocco ⁽⁶⁾.

5. No Título II — Do Crime — há importantes alterações, que interessam o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Mantida ficou a atual disciplina da relação de causalidade (teoria de equivalência das causas), embora à Comissão Revisora parecesse dispositivo desnecessário, já que o problema está, hoje, relegado a plano secundário e diz respeito a reduzido número de casos. Muitos penalistas, aliás, consideram imperfeitas e, assim, facilmente criticáveis, todas as fórmulas propostas para solução do problema ⁽⁷⁾.

Dispondo sobre a causa independente, determina o art. 13, § 1.º, do novo Código:

“A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores imputam-se, entretanto, a quem os praticou.”

Comparando-se tal dispositivo com o art. 11, parágrafo único, do Código atual, vê-se que a única alteração foi o acréscimo da palavra “relativamente”. Ao primeiro exame, parece estranho: *pode uma causa de independência relativa produzir o resultado por si só?* Revelando tal estranheza e criticando a redação do art. 14, § 2.º, do Anteprojeto HUNGRIA, há o pronunciamento de H. FRAGOSO em parecer elaborado por indicação da O.A.B., em 1962 ⁽⁸⁾.

Percebe-se, porém, o alcance dado à expressão “por si só”. Refere-se àquela causa que não se acha na linha de desdobramento físico iniciada com a ação, mas que, interferindo no processo causal, dá-lhe novo rumo,

(4) Coments. Cód. Pen. ed. Rev. For., 1942, vol. 2.º, p.291.

(5) Ob. cit., vol. 1.º, p.279.

(6) “Alla sentenza penale straniera pronunciata per un delitto può essere dato riorioscimento: 1) per stabilire la recidiva, o un altro effetto penale della condanna, ovvero per dichiarare l'abitudine o la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere.”

(7) H. FRAGOSO, A reforma da legislação penal, in Rev. Bras. Crim., vol. 2.º, p.59.

(8) Rev. Bras. Crim., vol. 2.º, p.61.

desviando-o de seu curso normal ⁽⁹⁾, e leva ao resultado "em circunstâncias diversas daquelas a que conduziria o comportamento do agente" ⁽¹⁰⁾.

Já concluíra a doutrina ⁽¹¹⁾, com a confirmação da jurisprudência ⁽¹²⁾ que a lei atual, embora não o dizendo expressamente, contempla no art. 11, parágrafo único, a causa de independência relativa, não a de independência absoluta, prevista no corpo do artigo. Ora, o legislador aqui somente explicitou o conteúdo da norma e afastou qualquer dúvida que porventura subsistisse.

Inovação é, igualmente, o que se contém no art. 13, § 2º sobre a causalidade nos crimes comissivos por omissão. Indica o texto as fontes capazes de criar o dever de agir: a lei, a responsabilidade assumida por outra forma e o comportamento anterior.

Continuando a pesquisa, vamos notar outra alteração digna de registro, com inúmeras repercussões, inclusive no cálculo da prescrição: a **pena do crime tentado** (art. 14, parágrafo único). Como a lei atual determina o novo Código seja a tentativa punida com a pena do crime consumado, diminuída de um a dois terços. Mas, acrescenta, em casos de **excepcional gravidade** pode o Juiz deixar de efetuar qualquer diminuição. Nessas condições, crime consumado e crime tentado são punidos com a mesma intensidade. Chega-se a um critério que, a rigor, não se enquadra em qualquer dos três existentes ⁽¹³⁾. É um critério misto: redução obrigatória nos casos normais e equiparação nos casos excepcionais.

Alterou-se a definição de **crime culposo**, dando-lhe conceito mais amplo. O Código de 40, de forma bastante lacônica, preceitua como culposo o crime "quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia" (art. 15, II).

O novo texto considera crime culposo aquele em que o agente "deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo" (art. 17, II). Trata-se da mesma redação

(9) Cf. N. HUNGRIA, *Em torno ao anteprojeto do Código Penal*, in *R. Bras. Crim.*, vol. 3.º, p.29

(10) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p.324.

(11) N. HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p.240; J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.99; A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 1.º, Tomo 1.º, p.329; M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p.157; H. FRAGOSO, *Conduta Punível*, p.107; E. CUSTÓDIO SILVEIRA, nota a trad. bras. do *D. Penal de Pattaglini*, p.185. ut. K.

(12) *Repositório da Jurispr. do Cód. Pen. de D. ARRUDA MIRANDA*, vol. 1.º, n.º 59.

(13) Redução obrigatória (Suécia, Noruega, Itália, Holanda, Argentina, Espanha); redução facultativa (Suíça, Dinamarca, Iugoslávia, Alemanha); equiparação (França, Bulgária, Polónia). Vide H. FRAGOSO in *R. B. Crim.*, vol. 2.º, p.63; J. BERNARDINO GONZAGA, *Tentativa*, *R. B. Crim.*, vol. 9, p.150.

empregada no art. 16, II, do Anteprojeto HUNGRIA, com o único acréscimo da palavra “cautela”, desatendida a sugestão de FRAGOSO ⁽¹⁴⁾ de substituir o advérbio **levianamente** pela expressão “de forma censurável”.

Conserva o nôvo Código a idéia nuclear da culpa **stricto sensu**. Na verdade, é através de imprudência, negligência ou imperícia que se revela a falta de cautela ou de atenção, isto é, do dever de diligência ⁽¹⁵⁾.

A novidade está, sim, no critério de aferição da culpa. Esta já não se determina objetivamente pelo homem médio, mas subjetivamente, levando-se em consideração o autor nas condições em que, então, se encontrava. Por outro lado, a amplitude da nova definição pode abranger a culpa inconsciente ou sem previsão (“resultado que podia prever”) e a culpa consciente ou com previsão (“ou prevenendo-o, supõe, levianamente, que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”).

O art. 18 introduz preceito que não consta da lei atual: “não há crime quando o fato resulte de caso fortuito ou fôrça maior”. Tal dispositivo destina-se, cremos, a contemplar o caso fortuito e a fôrça maior como excludentes do próprio nexu causal ⁽¹⁶⁾ e não, apenas, como excludentes da culpabilidade ⁽¹⁷⁾. Se assim é, melhor estaria o dispositivo ao lado do art. 13, que dispõe sobre a relação de causalidade.

Outra importante inovação está no art. 19, que estabelece só responder o agente pelos resultados que agravam as penas, se “os houver causado, pelo menos, culposamente”. Vale dizer: nos crimes qualificados pelo resultado, o evento excessivo há de ser, pelo menos, culposo. Princípio valorizado pela doutrina ⁽¹⁸⁾ e já incluído em códigos atuais ⁽¹⁹⁾, representa, no dizer de H. FRAGOSO “a derradeira pá de cal na responsabilidade objetiva” ⁽²⁰⁾.

Mantida a distinção entre erro de direito e erro de fato, estabelece o art. 20 a atenuação da pena ou sua substituição por outra menos grave, quando o agente, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato. Erro escusável é de ser interpretado como aquêle que não comporta censura ao agente.

(14) *Rev. Bras. Crimi.*, vol. 2, p.65.

(15) A. BRUNO, *ob. cit.*, tomo 2, p.470; SANTORO, *Diritto Penale*, 1949, p.208; “... la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia, di cui si usa parlare, rappresentano, a nostro avviso, soltanto il dato esteriore derivante della negligenza iniziale, nucleo psichico dell'agire colposo” (MANTOVANI, *Il Concetto Ontologico del Reato*, 1954, p.166).

(16) N. HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. 1.º, n.º 72; J.F. MARQUES: “O caso fortuito pode excluir a culpabilidade; antes disso, porém, êle exclui o nexu causal”. *Ob. cit.*, vol. 2.º, p.233.

(17) BETTIOL: “Circostanza di esclusione della colpevolezza per l'impossibilit  di esigere un comportamento diverso e indubbiamente il caso fortuito” *Diritto Penale*, 5ª ed., p.393; PANNAIN, *Manuale Diritto Penale*, 2.ª ed., vol. 1, n.º 320.

(18) ASUA, *ob. cit.*, vol. 6, n.º 1696.

(19) Grego, art. 31; iugoslavo, art. 10; alemão, § 56, com a altera o de 1953.

(20) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2, p.65.

Outra inovação vamos encontrar na disciplina da **coação**. Distingue o Código de 69 a **coação física irresistível**, que exclui a própria ação (art. 23), da **coação moral irresistível**, que exclui a culpabilidade (art. 24, a). Essa distinção sempre foi feita pela doutrina ⁽²¹⁾ e pelos comentaristas ⁽²²⁾, na correta interpretação do art. 18 do atual Código, considerado por muitos “vago e impreciso” ⁽²³⁾.

Inovação de marcante importância é a relativa à disciplina do **estado de necessidade**, que poderá funcionar, de acordo com o valor do bem sacrificado, como discriminante (art. 28), ou como excludente de culpabilidade (art. 25). Abandona-se a teoria unitária, seguida pelo Código atual, e passa-se à teoria diferenciadora, que hoje prepondera na doutrina ⁽²⁴⁾.

Inspira-se na inexigibilidade de outra conduta, idéia cuja aceitação exige bastante reserva. Adverte A. BRUNO que “uma aplicação indiscriminada do princípio poderia alargar uma brecha no regime, por onde viriam a passar casos onde evidentemente a punibilidade se impõe, com a consequência de enfraquecer a necessária firmeza do Direito Penal” ⁽²⁵⁾.

Várias objeções já se fizeram e muitas outras ainda se farão à admissão do princípio de forma expressa ⁽²⁶⁾, no novo Código.

Releva acentuar que o dispositivo no Anteprojeto HUNGRIA (art. 22) era de alcance mais restrito, pois beneficiava o agente, “parente em linha reta, irmão ou cônjuge”. Mas o texto, finalmente aprovado, refere-se a “direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição”.

O excesso culposo é previsto não apenas para o caso de legítima defesa, como no Código atual (art. 21, parágrafo único), mas para “qualquer dos casos de exclusão do crime” (art. 30). Já havia notado BASILEU GARCIA, com a argúcia de sempre, criticando o Código de 40, que se impunha a disciplina do excesso para todos os discriminantes. “A nosso ver — escreve êle — a matéria do excesso devia ter disciplina unitária” ^(26-A).

Estabelece também o novo Código a impunibilidade do excesso escusável (§ 1º), isto é, aquêle em que não há culpa do agente, e reconhece possível a alteração de pena, em caso de excesso doloso (§ 2º) ^(26-B).

(21) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 2.º, ps.549/550; J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.236.

(22) N. HUNGRIA, *Comenta.* vol. 1.º, p.420.

(23) ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, *A coação irresistível no Direito Penal Brasileiro*, 1964, p.39.

(24) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p.381, *ut.*

(25) *Ob. cit.*, Tomo 2.º, p.484.

(26) Já está de forma implícita no Código de 40: N. HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. I, p.202.

(26-A) *Inst. Dir. Pen.* 1952, Tomo 1.º, p.324.

(26-B) HENNY GOULART, *O Excesso na Defesa*, 1968, p.42, concorda com o disposto no § 1.º, mas discorda do que está no § 2.º

6. No Título III — torna-se necessário assinalar o seguinte:

Em primeiro lugar, a correta denominação **Imputabilidade Penal**, em vez de “**Responsabilidade**”, constante do Código de 40. A doutrina, com poucas vozes discordantes ⁽²⁷⁾, acentua a distinção entre imputabilidade e responsabilidade. Pois enquanto imputabilidade implica a idéia de capacidade do agente, ou capacidade de direito penal, responsabilidade significa a obrigação de “*arcar com as conseqüências jurídicas do crime*” ⁽²⁸⁾. Se aquela é pressuposto ⁽²⁹⁾ ou elemento ⁽³⁰⁾ da culpabilidade, esta refere-se a algo que vem **depois** do crime e que se acha **fora** dêle ⁽³¹⁾.

Poderíamos repetir, com QUEIROZ F.^o ^(31-A): “por ser imputável, o autor do fato delituoso é culpado e, por ser culpado é responsável, isto é, deve “responder” por tôdas as conseqüências do crime”.

Sublinhemos, em segundo lugar, a eliminação da referência à paixão e à emoção, que se vê no art. 24, I, do atual Código, referência que, aliás, sòmente tinha efeito educativo, servia apenas como advertência ^(31-B).

Em terceiro lugar, registre-se a possibilidade de substituição da pena imposta ao semi-imputável pela internação em estabelecimento psiquiátrico, na forma do art. 94.

Em quarto lugar, a modificação mais importante nesse título e já objeto de vivas discussões: o reconhecimento da imputabilidade excepcional dos jovens entre 16 e 18 anos, se possuem suficiente capacidade de entendimento e de autodeterminação (art. 33).

Manteve o nôvo texto, em suas linhas básicas, a disciplina do Código atual no tocante à imputabilidade. Continua prevalecendo o método bio-psicológico. Só não compreendemos a redação dos arts. 31 e 32. Emprega-se ali a expressão “*não é imputável*”, quando se poderia dizer, simplesmente, “*é inimputável*”.

(27)) “Responsabilidade e imputabilidade são conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes” N. HUNGRIA, *Novas Questões jurídico-penais*, 1945, p.66.

(28)) M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.^o, p. 207.

(29)) ASUA, *ob. cit.*, vol. 5, p.74; BATTAGLINI, *ob. cit.*, p. 218. FERNANDO CASTELLANOS, *Lineamentos de Derecho Penal*, México, 1967, p.203; A. QUEIROZ F.^o, *Lições de Dir. Penal*, 1966, p.137

(30)) MESGER, *Trat. Derecho Penal*, vol. 2.^o, § 35; BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 2, p.433; M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.^o, p.132; J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.^o, p.164.

(31)) “Impossível confundir a culpabilidade “con la responsabilidad, que recae sobre todo el delito y está fuera de el, puesto que es consecuencia suya” (ASUA, *Trat.*, vol. 5, p.88.)

Enquanto a imputabilidade se prende a estrutura do delito a responsabilidade é estranha ao seu conceito: é a obrigação de sofrer a conseqüência jurídica própria do crime (pena)” BATTAGLINI, *ob. cit.*, p.119.

(31-A) *Lições de Direito Penal*, 1966, p.138.

(31-B) BASILEU GARCIA, *ob. cit.* 1.^o, Tomo 1, p.344.

7. Foi, acertadamente, substituída a designação do título IV: Co-autoria passa a ser **Concurso de agentes**, expressão, sem dúvida, mais ampla, capaz de abranger não só a co-autoria, que traduz conduta principal ⁽³²⁾, mesmo com divisão de tarefas ⁽³³⁾, mas também a participação que representa atividade secundária, acessória, dependente do fato principal ⁽³⁴⁾.

Continuou o novo Código fiel à teoria unitária, decorrência necessária ⁽³⁵⁾ da anterior aceitação do princípio ou equivalência das causas. Mas acrescentou-lhe indispensável temperamento o § 1.º do art. 35, que estabelece:

“A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”

Já lembrava H. FRAGOSO, ao sugerir melhor redação ao § 1º do art. 33 do Anteprojeto HUNGRIA a necessidade de “deixar bem claro o princípio básico de que cada partícipe será punido conforme sua culpabilidade e sem consideração à culpabilidade dos demais” ⁽³⁶⁾.

Devemos notar ainda que toda a disciplina referente à agravação e à atenuação da pena, em caso de concurso de agentes, foi acertadamente trasladada do capítulo da Aplicação da Pena, em que se encontra hoje (arts. 45 e 48, II), para o concurso de agentes.

Cumprir registrar ainda a supressão, pela Comissão Revisora ⁽³⁷⁾ do dispositivo que constitui o parágrafo único do art. 48 do atual Código e que ainda era, injustificadamente, conservado no Anteprojeto HUNGRIA (art. 33, § 3º).

Tal norma, determinando que o co-autor responda pelo crime mais grave, embora tivesse querido participar de outro menos grave, constitui, no dizer dos comentaristas, manifestação de responsabilidade objetiva ⁽³⁸⁾.

(32)) A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.644; J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.310.

(33)) É o que pode acontecer principalmente nos crimes que Beling chama de ação dupla, como o roubo por exemplo; um dos agentes mantém a pistola apontada contra a vítima, enquanto o outro a despoja de seus valores. Por conta de um a violência contra a pessoa, por conta de outro a subtração, o que importa é que todos tomem parte, atuando em conjunto, na execução da ação típica, de maneira que cada um deles se possa chamar verdadeiramente autor” (A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.645).

(34)) J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.311.

(35)) A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.636: “Hoje concordam os autores em que a maneira de resolver o problema da co-autoria está presa ao ponto de vista que se adote em relação à causalidade”.

(36)) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2.º, p.71.

(37)) A. BRUNO, *Coments. Cód. Pen.*, vo. 2.º, p.146.

(38)) COSTA E SILVA, *Cód. Pen.* 1940, p.286; BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, vol. 1.º, Tomo 2, p.492; A. BRUNO, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.146; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2.º, ps.71/72.

(38-A) *Rev. Bras. Criminal*, vol. 4, p.44.

8. Não nos podemos deter num exame aprofundado do **Título V — Das Penas** — que se compõe de cinquenta e seis artigos e que vai ser focalizado em duas outras sessões por ilustres juristas.

Anotemos, porém:

1º — A declaração da finalidade da pena feita no art. 37, com a expressa referência de que a reclusão e a detenção “devem ser executadas de modo que exerçam sôbre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social”.

Tal declaração foi considerada por BASILEU GARCIA nitidamente doutrinária, imprópria de figurar em lei e até perigosa, pois capaz de “fomentar soluções de complacência em detrimento da defesa social”.

H. FRAGOSO endossou a crítica, ao dizer: “Lembramos, porém, o perigo da exploração, principalmente no júri, da fórmula do anteprojeto. Será fácil afirmar que a pena tem por base a emenda do réu e que é desnecessária se o réu não precisa de emenda, como aquêles que reconhecidamente não reincidem, entre os quais os delinquentes ocasionais” (39).

Registre-se que, ante a crítica de BASILEU GARCIA, concordou N. HUNGRIA (40) em alterar o art. 35 do anteprojeto, incluindo em seu texto que a reclusão e detenção “devem ter por fim não sômente punição pelo crime praticado, senão também...” e acrescenta a parte final do artigo. Mas tal referência à punição não veio consagrada no texto definitivo.

2º — O desconto, em benefício do condenado, do tempo excessivo em que êle estêve prêso por outro crime, desde que haja reconhecimento judicial de tal excesso em data posterior ao segundo crime (art. 42, parte final). Esta ressalva impõe-se para evitar que o agente se julgue com um “crédito penal” a fazer valer num futuro crime... (41)

3º — O regime da semiliberdade, em estabelecimento penal aberto, para o condenado primário, de nenhuma ou de escassa periculosidade, se a pena imposta não é superior a seis anos (art. 40).

4º — A possível substituição da pena de reclusão pela detenção (art. 38) e a de detenção pela multa (art. 46), esclarecendo a Exposição de Motivos (nº 19) ser vedada a dupla substituição.

5º — A fixação da pena pecuniária através do sistema de dia-multa (art. 44), de origem escandinava e que se vai introduzindo, aos poucos, nas legislações modernas (42).

(39)) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 2.º, p.74.

(40)) *Rev. Bras. Crim.*, vol 5, p.11.

(41)) O texto do artigo parece a BASILEU GARCIA pouco claro (*Rev. Bras. Crim.*, vol. 4.º, p.47.)

(42)) A. BRUNO, *Coment. Cód. Pen.*, vol. 2.º, p.83.

6º — A possibilidade de imposição da pena de multa (nunca excedente a cem dias-multa), em caso de crime praticado com fim de lucro, ou por cupidez, ainda que tal pena “não esteja expressamente cominada” (art. 45).

É dispositivo que já se encontra em códigos e projetos recentes e pretende atingir o criminoso, que atua por cobiça, no seu ponto realmente vulnerável, como adverte SOLER, ao justificar o art. 76 do seu Projeto (43).

7º — A pena indeterminada para o criminoso habitual ou por tendência (art. 64). Melhor: pena relativamente indeterminada, porque há um mínimo de três anos e um máximo de dez (§ 1º).

8º — Novo conceito de reincidência, com as restrições de tempo (art. 57, § 1º) e da natureza do crime anterior (§ 2º).

9º — A nova disciplina do concurso de crimes, com a equiparação do concurso formal ao concurso material (art. 65). Procedese a unificação das penas, pelo critério do cúmulo material ou da exasperação, conforme o caso. Mas permite-se uma diminuição “no caso de unidade de ação ou omissão ou de crime continuado” (art. 67, parágrafo único) (44).

10º — A impossibilidade de reconhecimento do crime continuado, quando a ofensa é a bens personalíssimos de vítimas diferentes (art. 66, parágrafo único). É dispositivo que se apóia em boa doutrina (45) e supre lacuna na atual legislação (46).

No que tange a **suspensão condicional da pena**, assinalemos dois únicos pontos.

Em primeiro lugar, a possibilidade de estender-se o benefício a um número muito maior de condenados. Isso, em decorrência de dois novos dispositivos: o que permite ao Juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção (art. 38) e o que só considera impeditiva do *sursis* a condenação anterior por crime ou contravenção “reveladores de má índole” (art. 71, n.º I).

Em segundo lugar, a apuração da idade do réu menor de vinte e um anos ou maior de setenta, condenado a pena de reclusão. Segundo o art. 71, *caput*, considera-se a idade ao tempo do crime, não ao tempo da condena-

(43) Rev. Bras. Crim., vol. 12, p.229.

(44) Criticando a solução do Anteprojeto HUNGRIA, prefere o Prof. P.J. COSTA Jr. a manutenção, com pequenas correções, da disciplina dada pelo Código atual. Considera a equiparação das duas espécies de concurso “um relegamento total do aspecto psicológico do delito, reduzindo numa das mais clamorosas injustiças”. (Rev. Bras. Crim., vol. 4, p.189)

Note-se ainda que o art. 121, § 5.º, do novo Código é exceção à disciplina do concurso (H. FRAGOSO, Rev. cit., vol. 4, p.91).

(45) P.J. COSTA JR. Rev. cit., vol. 4, p.110; Costa e Silva, ob. cit., vol. 4, p.306; M. NORONHA, ob. cit., vol. 1.º, p.346. Contra: J.F. MARQUES, ob. cit., vol. 2.º, p.355; MANOEL PEDRO PIMENTEL, Do Crime Continuado, 2ª ed. p.138.

(46) J.F. MARQUES, ob. cit., vol. 2.º, p.355.

ção. Esta norma veio cortar acesa discussão na doutrina e na jurisprudência sobre o critério, preferível, havendo até um terceiro: o momento do crime ou da condenação, que mais favorecer o réu (47).

No **livramento condicional**, devemos considerar, pelo menos, dois pontos da maior relevância:

1º — A pena já não terá que ser acima de três anos, como dispõe o Código de 40, mas poderá ser “igual ou superior a dois anos” (art. 75, *caput*);

2º — Em caso de concurso de crimes, deverá considerar-se a pena unificada (art. 75, § 1º), dispositivo que substitui a criticada norma constante do art. 60, parágrafo único, do Código atual.

A novidade mais importante no capítulo das **Penas Acessórias** é a supressão da incapacidade para o exercício de profissão, que passa a constituir medida de segurança (arts. 92, 96 e 97). Lembra H. FRAGOSO que “as penas acessórias têm um nítido e talvez prevalente sentido preventivo. E por isso orientam-se elas no sentido das medidas de segurança” (48). Acentua A. BRUNO que o destino das penas acessórias talvez “seja o de incorporarem-se na categoria das medidas de segurança, com o prevalecimento do seu caráter preventivo dos crimes” (49).

9. No título VI, referente às **medidas de segurança**, foram introduzidas modificações importantes, não obstante a crítica e o protesto de BASILEU GARCIA (50).

Notemos:

1º — A supressão das medidas de segurança de internação em casa de custódia e tratamento, e em colônia agrícola e a de liberdade vigiada. Por outro lado, o aparecimento das medidas de internação em estabelecimento psiquiátrico (arts. 92 e 94), interdição do exercício de profissão (art. 96) e a cassação de licença para dirigir veículos (art. 97).

2º — A inexistência, agora, de qualquer presunção de periculosidade, como adverte a Exposição de Motivos (nº 34).

3º — O abandono do sistema do duplo binário (pena e medida de segurança detentiva, aplicadas sucessivamente), passando-se, agora, no caso dos semi-imputáveis, ao sistema vicariante: o juiz, ou impõe pena privativa da liberdade, embora atenuada, ou, se o réu necessita de especial tratamento curativo, impõe medida de segurança de internação em estabelecimento psiquiátrico (art. 94) (51).

(47)) BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, Tomo 2.º, p.541.

(48)) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 3.º, p.31.

(49)) *Coment. Cód. Pen.*, vol. 2.º, p.209.

(50)) *Rev. Bras. Crim.*, vol. 4.º, p.45.

(51)) H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 3, p.32

(52)) A. BRUNO, *Dir. Pen.*, 1ª ed. Tomo 3.º, p.229; J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, vol. 3.º, ps.330/331; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol 3, ps. 33 e seg.

(53)) N. HUNGRIA, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 4, p.39.

(54)) *Nota em seguida ao art. 89, § 2.º, do Anteprojeto.*

4º — Não há medida de segurança detentiva para os imputáveis, pois, diz a Exposição de Motivos (nº 16), “a pena, não obstante a sua natureza, retributiva, deve ser cumprida como medida de segurança, ou seja, tendendo à recuperação social do delinqüente”.

10. Mantida ficou no nôvo Código Penal, apesar do protesto de muitos (52), a disciplina da **ação penal** (Tít. VIII), invocando-se para isso o exemplo de códigos recentes (grego, búlgaro, húngaro) e de projetos, como o alemão de 1960 (53), bem como a correlação de matérias e sua interpenetração.

A inovação de maior destaque é o desaparecimento da ação penal privada subsidiária, que se encontra prevista no art. 102 § 3º do atual Código.

Justificando tal eliminação, diz N. HUNGRIA que a ação subsidiária “quase sempre deixa de atender ao interêsse da Justiça, para sòmente servir a sentimentos de vindita, quando não a objetivo de chantagem” (54).

Na verdade, se a única hipótese de ação privada subsidiária é a de inércia do M.P., como reconhecem a doutrina e a jurisprudência dominantes (55), não deve subsistir um receio de enfraquecimento da repressão penal, pois o ofendido poderá, fàcilmente, obter da autoridade superior a desejada movimentação do processo.

11. Finalmente, no último Título da Parte Geral — **Extinção da Punibilidade** — destaquemos as seguintes modificações:

Primeira: a inclusão que se fêz do **perdão judicial** (56) entre as causas extintivas da punibilidade (art. 108, nº V). Interpretando o Código de 40, omissa a respeito, chegara já a doutrina à conclusão de se tratar de causa de extinção da punibilidade (57). A nova lei acolheu êsse entendimento e o declarou de forma expressa.

Nenhuma admiração ou estranheza pode causar isso, sabido que a enumeração do art. 108 não é taxativa. Várias causas extintivas da punibilidade existem em outras normas do Código. BASILEU GARCIA (58) foi descobrir uma na Parte Especial e logo obteve a concordância de J. FREDERICO MARQUES (59): a morte do cônjuge ofendido nos crimes de adultério, pois aqui a ação privada é personalíssima (60).

(55)) H. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 1ª ed., n.ºs 187, 188; J.F. MARQUES, *Elem. Dir. Proc. Pen.*, 2ª ed., vol. 1.º, n.º 194; MAGALHAES NORONHA, *Curso Dir. Proc. Penal*, 1964, p.42.

(56)) Casos de Perdão Judicial no Cód. de 40: Arts. 140, § 1.º; 176, parágrafo único; 180, § 2.º; 240, § 4.º; 249, § 2.º No Cód. de 69: Arts. 132, § 5.º; 144, § 1.º; 179; 197, parágrafo único; 265, § 4.º; 277, § 2.º

(57)) “Pelo perdão não se exclui nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, nem a culpabilidade da ação. O crime existe e funciona mesmo como o pressuposto do perdão. Exclui-se a sua punibilidade por conveniência de política criminal”. (A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 3.º, p.179. No mesmo sentido: J.F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. 2.º, p.270; N. HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, p. p.105.

(58)) *Ob. cit.*, Tomo 2.º, p.667.

(59)) *Ob. cit.*, vol. 3.º, p.401.

(60)) O disposto no § 2.º do art. 240 do Cód. de 1940 foi repetido no § 2.º do art. 265 do Cód. de 1969.

Diz a Exposição de Motivos no nº 36:

“Não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o Juiz abster-se de condenar. Julgando presente os pressupostos da condenação, abstem-se neste caso o Juiz de proferi-la, declarando extinta a punibilidade.”

Melhor seria que o legislador houvesse incorporado ao texto êsse entendimento, que é também o de abalisados mestres ⁽⁶¹⁾. Estariam afastadas as dúvidas que ainda subsistem, para muitos ⁽⁶²⁾, de que ao ato judicial de não imposição da pena, deve preceder um juízo condenatório, com o reconhecimento, no caso concreto, da configuração do crime em todos seus aspectos.

Como é sabido, a Exposição de Motivos, por mais segura que seja, não passa de interpretação doutrinária ⁽⁶³⁾.

Segunda: O prazo prescricional aferido pela pena imposta, no caso em que somente haja recurso do réu, só prevalece a partir da sentença (art. 111, § 1º).

Põe-se termo ao que a Exposição de Motivos considera “a teoria brasileira de prescrição pela pena em concreto” (nº 37).

Como é sabido, o Pretório Excelso, depois de longos e acalorados debates, fêz incluir em sua SÚMULA o registro 146: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Tal orientação, de cunho liberal ⁽⁶⁴⁾, pode, na opinião de muitos, comprometer a repressão penal. No dizer de H. FRAGOSO, contribui para “criar uma autêntica osteomalácia de todo nosso sistema repressivo” ⁽⁶⁵⁾.

Em defesa da tese, que veio a ser incorporada ao texto do Código, diz o mesmo ilustre professor e co-autor da nova lei, que a fixação de prazos prescricionais “é questão de sensibilidade jurídica do legislador, não de ciência” e que o entendimento liberal “concede ao criminoso um estranho favor, de que nenhuma lei penal já cogitou, garantindo, em muitos casos, a impunibilidade, pela conhecida e lastimável morosidade de nossa justiça” ⁽⁶⁶⁾.

(61)) A. BRUNO, *Coment. Cód. Pen.*, vol. 2.º, p.180; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, vol. 3, p.36.

(62)) N. HUNGRIA: “Segundo entendemos, o perdão judicial deve seguir-se à efetiva condenação do réu” *Coment.*, vol. 7, p.273.

(63)) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p.212; M. NORONHA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p.95.

(64)) “A orientação seguida, a respeito, pela Alta Côte consagra concessão liberal, de que já não lhe é permitido retratar-se, pela generalidade e extensão dos efeitos” RHC 42.987, RTJ 36/359.

(65)) *Jurisprudência Criminal*, p.39.

(66)) *Rev. Cit.*, vol. 3: p.40.

Terceira: A aferição do prazo prescricional, em caso de concurso de crimes ou de crime continuado, é feita não pela pena unificada, mas considerando-se isoladamente cada crime (art. 111, § 3º).

Acolheu o legislador a orientação jurisprudencial. Já consta da SÚMULA do Supremo (registro 497): “quando se tratar de crime continuado a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”. A doutrina dominante é no mesmo sentido, como demonstra J. FREDERICO MARQUES (67).

Quarta: Depois de declarada a reabilitação, ficam cancelados os antecedentes criminais, que só poderão ser comunicados às autoridades para instruir outro processo penal contra o réu (arts. 119 e 120).

A disciplina dada pelo Código de 69 à reabilitação não constitui novidade, sabido que ela já se encontra na redação dos arts. 119 e 120 do Código atual determinada pela Lei n.º 5.467, de 5-7-68.

12. Não se pode negar o esforço dispendido pelos ilustres juristas N. HUNGRIA, A. BRUNO, H. FRAGOSO, B. MORAES Fº, IVO D'AQUINO na elaboração da nova lei penal. Só o tempo demonstrará se agiram com total acerto nas inovações introduzidas. Representam elas, é certo, o acolhimento da lição doutrinária, da lição jurisprudencial e a experiência da legislação estrangeira. O Prof. P. J. COSTA JR., em trabalho intitulado “O Projeto, o Código e a Estatística” (68), mostrou que 53,85% das alterações na parte geral do Projeto HUNGRIA inspiravam-se na legislação estrangeira (19,41% projeto alemão; 17,47% projeto argentino; 13,59% códigos grego e iugoslavo).

Isso não deve causar admiração, pois como esclarece N. HUNGRIA, “nos seus princípios fundamentais, os mais recentes códigos e os projetos atualizados são como que cópias ligeiramente disfarçadas umas das outras” (69).

13. Também se deve acentuar a prudência do legislador refreando, em muitos pontos, os avanços da doutrina. A Exposição de Motivos esclarece, pelo menos em três pontos (n.ºs 8, 12, 16), que as conclusões da Comissão Revisora foram rejeitadas “em nome da prudência”. O legislador não se pode prender unicamente à lição dos doutos, pois tem que considerar outros interesses, igualmente relevantes.

(67)) Rev. Cit., vol. 13, pgs. 85 e seg.

(68)) Rev. Bras. Crim., vol. 3, p.89

(69)) Arquivos Min. Justiça, vol. 55, p.5.

DESPORTO E DIREITO PENAL

SERRANO NEVES

Todos os tratadistas estão seguros de que ninguém jamais encontrou, nos arquivos-cartórios do Universo, o registro do nascimento do desporto. Sabe-se, apenas, que os exercícios de cunho desportivo são tão velhos quanto o mundo.

Autores há que sustentam, com argumentos e construções terrivelmente brilhantes, que o desporto teve como berço a caverna do troglodita, já que surgiu sob inspiração de ferocíssimas refregas — *usque ad mortem* — pela sobrevivência.

Por bestial instinto de conservação — aduzem êsses autores — os povos primitivos viviam em constantes e exaustivos exercícios, pois, para que suas tribos pudessem sobreviver, precisavam lutar, lutar e vencer, vencer e exterminar, a fim de que possível lhes fôsse ocupar o território em que demoravam.

GIUSEPPE DEL VECCHIO, celebrado autor de "La Criminalità Negli Sports" (1), pregou, com entusiasmo, essas idéias, no que foi seguido, infelizmente, por diversos pensadores.

Assim patrocinada, a formidanda teoria, como não poderia deixar de ser, criou adeptos fervorosos, de tal sorte que, entre êstes, alguns passaram a sustentar, sem a mais mínima reserva, que desporto é guerra disfarçada.

Corruptio optimi pessimum! Impressionada com a violência de certos tipos de desporto, a maioria dos doutrinadores, deliberadamente ou não, preferiu ignorar que, antes de alçar-se à escala do homem pensante, o pré-homem transpôs a fabulosa barreira do primitivismo. Só depois de prolongado período de transformação, entrou, como se sabe, na fase biopsicológica do *homo sapiens*.

Os símios — antropóides que mais se aproximam do ser humano —, a exemplo do que ocorria com os trogloditas, conquistavam, é certo, a chefia de seus bandos, com a autoridade dos músculos, ou seja, lutando e vencendo, vencendo e se impondo. Mas não é menos exato que, nas horas feriadadas, faziam, como até hoje ocorre, suas desconjuntadas "macaquices" — verdadeiras práticas de cunho nitidamente desportivo.

Todos os animais — consintamos nisso — sempre lutaram por instinto de conservação, mas a verdade é que também se exercitaram, recreativamente, desde que o mundo é mundo. Nas horas de paz, quando não era necessário disputar um comando ou defender um território, o desporto instintivo também era um fato da selva, o que ocorre e ocorrerá, *per omnia secula*, quer se fale da selva ou da caverna primitiva, quer se mencione o prado, o jardim, o quintal civilizado, o céu azul e doce.

Já nos referimos às "macaquices" do temível antropóide das invias florestas primitivas, aliás bem pouco diferente do troglodita. E êste — não pode haver dúvida — se se entregava, por *bestiale istinto della propria conservazione*, aos dilacerantes exercícios de guerra, também se exercitavam, por instinto de libertação, recreativamente, ainda que através de práticas, movimentos e brincadeiras confusas, bizarras e grosseiras. A necessidade do recreio, com efeito, também nasceu com o mundo.

Desporto entre irracionais? — duvidarão, pedantemente, os que, por preguiça mental associada, só admitem alegria e recreio no seio miseravelmente doce das sociedades civilizadas.

Todos os animais, domesticados ou não, praticam desportos.

As feras mais vorazes; as mais peçonhentas serpentes; os mais famintos chacais; os mais horripilantes monstros marinhos, em tôdas as épocas, jogaram sua "cabra-cega"; praticaram a corrida insulada ou em bandos, manadas ou cardumes; entregaram-se aos saltos de obstáculos; ao "pique-de-esconder"; à "carriça"; à "cambalhota" e ao *dribling*, assim como a vários outros inconscientes e confusos jogos, depois assimilados e aperfeiçoados pelo homem civilizado.

1 — Ed. Fratelli Bocca — Torino — 1927;

Anote-se, aqui, em breve parêntese, que, segundo FREDERICO SCHILLER (2), há jogos desportivos até no reino vegetal.

As películas educativas aí estão, nos cinemas e nas salas de estudo, a documentar, freqüentemente, a exatidão do que aqui sustentamos. Qual de nós, por outro lado, ainda não assistiu, sem se fazer notar, a uma espontânea e ziguezagueante corrida de lebres, nos campos ou nos quintais? Que diremos dos saltos e das cambalhotas caninas, de suas carreiras alegres, em busca do nada e de seus *driblings* fulminantes? Quem ainda não assistiu a um jôgo de *hand-ball* entre felinos, num confuso petequiar de bolas de papel ou de novelos de linha? E os vôos em roda ou rasantes dos pássaros? E as cambalhotas alegres dos animais selvagens, tão divulgadas pelas dissimuladas câmeras cinematográficas? Tais *jogos desportivos* — não nos perguntem, senão à VIDA — sempre ocorreram nas selvas, não haja a menor dúvida.

Não impugnamos, por inteiro, a teoria delvequiana. Há nela, sem dúvida, uma engenhosa premissa, mas — ousamos afirmar — uma conclusão distorcida.

Com base em meditações mais lógicas e menos rancorosas, preferimos dizer, com apoio, por exemplo, em ORTEGA Y GASSET (3) e JEAN LE FLOC'HMOAN, (4), que o desporto nos veio das travessuras e dos "jogos" inconscientes do reino animal, dos quais o Estado se originou, como demonstra, convincentemente, o tomo VII das "obras", sob o título "El Origen Deportivo Del Estado".

O autor francês, de seu turno, na introdução de sua obra, embora sem se libertar, por completo, do raciocínio de DEL VECCHIO, não deixa de acentuar que "quando, ao sair do reino animal, as famílias se agruparam para formar comunidades agrícolas, alguns interesses coletivos foram confiados a determinados indivíduos. Para designar o homem que havia de investir-se num cargo — o de julgar as discórdias, o de reprimir as desonestidades — a comunidade devia basear-se na prudência e na força física. Se a justiça era administrada pelos mais experimentados, a polícia era formada pelos mais fortes. Os melhores regiam os destinos dêsse Estado embrionário. Realizavam-se concursos, nos quais os candidatos provavam sua força levantando ou lançando uma enorme pedra. As guerras se originaram — informa o pesquisador francês — da vizinhança entre as comunidades."

Para confirmação da tese de que o Estado tem origem desportiva, recorramos ainda a JOSÉ LEÓN PAGANO h. (5), que, em nota, sob nº 2, ao tema "La Delincuencia en el Deporte", observa: "Recordemos que, não obstante, ao ocorrer a invasão da Grécia pelos persas, realizavam-se os jogos desportivos, que tinham também caráter religioso. Por causa destes, e para não interrompê-los, confiou-se a defesa das Termópilas à reduzida

2 — "Lettere sull'educazione estetica dell'uomo", apud Del Vecchio;

3 — "El Espectador" — Madrid — 1932;

4 — "La génesis de los Deportes" — ed. Labor — Barcelona;

5 — "Criminalidad Argentina", ed. Depalma — Buenos Aires — 1964;

falange dos trezentos”, o que demonstra à saciedade, que, se o desporto tivesse origem guerreira, todos os desportistas gregos teriam sido, de pronto, enviados ao campo de batalha.

Temos para nós que, saindo do reino animal (e aqui está o *punctus saliens* de nossa tese), o homem dali trouxe duas inspirações vitais, *id est*, a necessidade do recreio (a que se ligou, depois, o lema *mens sana in corpore sano*), geradores do Estado; e a necessidade da segurança dêste, em face do perigo constante das vizinhanças ambiciosas. Do desporto — originário das travessuras selváticas — o Estado recolheu, pois, as lições de paz (seu fim precípua), fixando-se, conseqüentemente, nas idéias de proteger, educar, conduzir e civilizar o povo. Das lutas sangrentas — determinadas pelo instinto de conservação — isso sim, recebeu o Estado a inspiração protetora de sua segurança. Exatamente por isso, ao mesmo tempo em que o Estado ministra, desde a escola primária, o exercício e os jogos desportivos, recruta uma camada (a que aguça a vocação), com a finalidade de prepará-la, profissionalmente, para a arte da guerra, atento aos problemas de sua segurança.

Realizado, primitivamente, sem obediência a regras ou a sistemas (mas sempre por necessidade recreativa), o desporto, na velha Grécia (o que confirma nossa tese), passou a ser considerado, em certa época, até como presente dos deuses *isotheon*, o que lhe tira, portanto, qualquer idéia de guerra. Assim é que, no século IX, a. C., quando os jogos olímpicos haviam sido suspensos, a sacerdotisa PITIA — intérprete dos oráculos de DELFOS — recomendava ao rei de Elida uma nova Olimpíada — único meio de salvar o Peloponeso dos horrores da peste. Olímpia, foi, assim, declarada cidade sagrada, por força de tratado firmado entre o rei IRRO e o grande LICURGO. Inviolável durante jogos, Olímpia passou a orientar, segundo êstes, o sábio calendário grego.

O fato de haverem os imperadores romanos distorcido, em certa época, a idéia do desporto, quer no Campo de Marte, quer através dos *ludi circenses*, não invalida o nosso raciocínio. Na Grécia, com efeito, os jogos surgiram como *normas de cultura*, inegavelmente. Os gregos jamais confundiram desporto com guerra. Eis o que não ocorreu na velha Roma, sob certos imperadores, sempre esquecidos da idéia de beleza emanada das práticas desportivas. E daí os *ludi circenses*, que não eram jogos, senão carnificina oficial, de índole política, de tristemente famosa ostentação de poder. Praticavam tais “jogos” com efeito, *usque ad mortem*, os indivíduos marcados pela *infâmia* ou os condenados à pena capital, todos em busca de perdão público. O lutador que sobrevivesse à ferocíssima disputa — sempre assistida por ululante multidão enfurecida — deixava o circo romano em petição de miséria, mas mutiladamente livre...

Insurgimo-nos, firmemente, contra os envenenadores do berço do desporto. Para nós — e nenhum autor ainda nos convenceu do contrário — é êle uma travessura do reino animal, inspiradora do Estado, que, uma vez organizado, deu-lhe forma e disciplina. As lutas animais — repitamos — serviram ao Estado como figurino de defesa e de ataque, de segurança, afinal.

Desporto é idéia bradantemente incompatível, com efeito, com a filosofia das guerras. Até entre os selvagens, como vimos, também por instinto (mas de *libertação*), não foi jamais praticado sob fixação guerreira.

Por ter origem desportiva, o Estado surgiu para cumprir destino pacífico, educativo, saudável e tutelar. A idéia de sua segurança surgiu de outra semente. Daí haver êle voltado sua atenção para *outra faceta* da vida animal — o instinto de conservação — para a preparação de seu sistema de segurança.

Fixadas as idéias com que procuramos estabelecer a origem racional do desporto, passemos a encará-lo, agora, em *acareação* com o direito penal. E partamos de uma pergunta apenas aparentemente perturbadora, já que sempre formulada maldosamente: “por que motivo é o direito penal indiferente ao homicídio e às lesões ocorridas no desporto”? O direito penal — é sabido — jamais se mostrou indiferente a *tôdas* as ocorrências do desporto, ou às que se verificam a pretexto de sua prática. É indiferente, sim, a *alguns* fatos do desporto, partindo de compreensível raciocínio, como veremos.

O Estado — sabe-se — seguro da realidade de um *bom costume*, ditado pela ética social dominante, não pode deixar de aderir a êste, sob pena de tornar-se uma entidade sem alma, sem sentido, sem filosofia e, portanto, bradantemente conflitante com a sua destinação institucional. Ora, se assim é, se está fartamente demonstrado que o desporto é um costume saudável, educativo, recreativo e vivificante, infere-se daí que o Estado, ao desporto aderindo, dêle se serve como *meio*, em busca de *fim* marcadamente estatal, ou seja, a saúde física e mental, moral e cívica dos governados — primeira preocupação dos governantes de cérebro e de sensibilidade.

Como acentua OSCAR STEVENSON (⁶), “o que justifica as ofensas resultantes das práticas desportivas são os princípios de direito e o costume, não o costume *contra legem*, mas *praeter legem*, complemento da lei escrita”. Portanto, “os chamados jogos violentos — aduz — dão lugar à hipótese de licitude penal excepcional”. A indiferença, pois, do direito penal, quanto a certas ocorrências do desporto, resulta de um dado supralegal, ou seja, a prevalência — sempre preenchedora da lacuna da lei — do sentimento ético-social dominante. A punição, pois, de fatos do desporto, pelo direito penal comum, constituiria um contra-senso, já que estaria recusando à sociedade o direito de firmar-se moral, mental, cultural, salutar e civicamente. O direito penal — todos nós sabemos — nutre-se de *normas de cultura*. Por isso, não pode, sob pena de mentir ao sentido de sua destinação, ignorar os *bons costumes*, de que a ética social passa a fazer alarde, como é o caso do desporto. É também por isso que o direito repressivo não reage contra a transfusão de sangue; contra a perfuração das orelhas infantis femininas; contra a moderada *castigatio paterna*; contra certas operações cirúrgicas. Nos domínios do

6 — “Da Exclusão de Crime”, ed. Saraiva — 1941;

desporto, várias ocorrências penalmente típicas escapam, como sucede em tema de medicina e de odontologia, à apreciação da justiça criminal. Isso se dá, como vimos, porque tais fatos decorrem do exercício normal de uma atividade lícita, reconhecida, aprovada e estimulada pelo Estado — seu grande beneficiário, como é óbvio. As manobras técnicas e os golpes adotados *segundo as regras* do desporto ou da profissão, são, *ex ante*, aprovadas pelo Estado. Assim, não se compreenderia que êste, incoerente com a conduta anterior, emanada de um conjunto de normas que ditou (ou a que aderiu) passasse a punir o agente que, normalmente, regulamentarmente, viesse a ofender a integridade física de outrem, em consequência de uma das atividades em causa. Eis o que não ocorreria, se o agente, embora praticando atos de uma profissão lícita ou golpes de um desporto aprovado pelo Estado, passasse a exceder os limites da tolerância preestabelecida. Assim, o pugilista que, deliberadamente, esmurra seu opositor abaixo da linha da cintura, causando-lhe dano físico, ou desfalecimento, jamais se livraria da reação do direito penal comum, ainda que alegasse que o *box* é desporto necessariamente violento e que, portanto, o mal causado a um boxeador já está, por isso mesmo, justificado. O mesmo sucederia ao futebolista que, sem bola, viesse a atingir seu adversário, causando-lhe uma lesão. *Box*, *football*, *rugby*, *jiu-jitsu*, *catch-as-catch can* são desportos sabidamente violentos, uns mais do que outros. Mas é preciso não confundir *violência do desporto* com *violência desclassificante*, à margem, portanto, da tolerância regulamentar. Quando a violência decorre do gênero do desporto em prática, as platéias, ao reprová-la, não indicam, para o caso, senão uma pedagógica medida disciplinar.

Oportunas, nesta altura, as observações de Luis P. Sisco (?), para quem “el espectador del encuentro boxístico o del match de fútbol se solaza con el espectáculo, lo espera y lo vive. Quando en ellos se producen eventos dañosos que son propios de los deportes duros, no se sienten afectados sino por la razón meramente circunstancial de que sea uno de sus favoritos el sujeto pasivo. El evento dañoso en si mismo no lo comueve; es más: a veces lo ansía y provoca. La sanción regulamentaria satisface su ansiedad de justicia”.

O desporto, norma de cultura — prega OSCAR STEVENSON —, “é um diversivo à exuberância dos moços, afastando-os de recreações malsãs, e o meio por excelência do desenvolvimento de faculdades para os embates da vida prática”. E aduz: “A educação física, patrocinada pelo próprio Estado, impõe-se como um dos fatores de disciplina individual e de aperfeiçoamento da raça, pelo espírito de emulação e solidariedade que

desperta e pelo ideal de beleza que significa". Ora, como ensina MAX ERNESTO MAYER, na oportuna citação de ARTURO MAJADA PLANELLES ⁽⁸⁾, "o direito nada mais é do que o produto, a fixação da cultura. A norma de cultura preenche tôdas as lacunas em que o direito possa incidir". Daí a justificação, por via de norma não escrita (supralegal), da violência na prática regulamentar de certos desportos.

Depois de sublinhar que o desporto tem, modernamente, uma função social a cumprir, ("y tal vez la ha tenido siempre") o tratadista SISCO se reporta à "Psicología Del Fútbol", de MARCO VICTORIA, para concluir, em admirável síntese, que "la sola contemplación de un espacio verde, la sensación — a veces más sensación que realidad — de tener ante los ojos un enorme panorama de libertad, constituye para el espectador un desahogo necesario y reparador. Por eso acude a los espectáculos al aire libre. Paga para ver el espectáculo deportivo propiamente dicho, pero también lo hace — acaso sub conscientemente — para gozar del espectáculo de una minúscula libertad verde" . . .

Desconfiamos que, nesta altura, há uma pergunta bailando, flutuando neste auditório, talvez assim imaginada: como poderá a autoridade policial, no desempenho de seu dever jurídico, distinguir uma infração de regra do desporto do crime, por exemplo, de lesão corporal? Quando lhe seria permitido dar voz de prisão em flagrante a um equipista? Quando poderia, com acêrto, instaurar inquérito policial acêrca, por exemplo, de uma ocorrência aparentemente violadora de um preceito penal comum? A resposta a essas indagações não oferece qualquer dificuldade. A autoridade policial, com efeito, só pode agir contra um equipista, quando o árbitro da competição — êsse "gigante dos 90 minutos" — para tanto a convocar. A autoridade do árbitro desportivo é inquietantemente absoluta. Mas o fato é que resulta de regras internacionais e locais, contra as quais não se insurge o Estado. O parágrafo único do art. 63 do Código Brasileiro de Futebol (para falarmos apenas do desporto das multidões) estabelece, com efeito, que "relativamente a fatos ocorridos em campo, durante a competição, o julgador levará em conta a palavra do árbitro no que se refere ao que foi por êle observado, julgado e relatado na súmula", etc., interpretando, com exatidão, a regra V, em sua alínea a, das "Leis do Jôgo" da *International Football Association Board*. Sem a palavra do árbitro — reveladora de infração de direito penal — prisão em flagrante do infrator ou inquérito policial contra êste seriam medidas inócuas, já que o árbitro da competição — intérprete supremo das regras do jôgo — com uma palavra, desfiguraria ou modificaria terminantemente o *corpus delicti*. A simples anotação

8 — "El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas", ed. Bosch — 1946:

sua — de que a ocorrência foi um *fato do desporto* — recomendaria o relaxamento do flagrante ou o arquivamento do inquérito. Cabe ao árbitro — diz a regra internacional citada — “aplicar as regras e decidir qualquer divergência. Suas decisões em matéria de fato serão finais” etc. Cabe-nos ainda observar que, segundo as regras já citadas, as autoridades policiais não podem, sem consentimento do árbitro, ultrapassar as linhas divisórias dos campos desportivos. E a verdade é que, tão peremptória é a regra, que nem mesmo um médico, em face de um choque grave entre equipistas, pode socorrê-los, livremente.

Abra-se, aqui, um parêntese, para a anotação de que, quanto à entrada do médico em campo, invocando a teoria da colisão de direitos (que, no caso, envolve *dever*), já tentamos, durante o I Congresso Brasileiro de Justiça Desportiva (1965), a condenação da proibição, invocando, até mesmo, o *divinum opus est sedare dolorem*. Nossa tese, porém, foi furiosamente rejeitada.

E voltemos ao tema “flagrante ou inquérito”, para a reafirmação de que, se o árbitro de um desporto (e, portanto, intérprete de suas regras) não vê numa infração um *evento desclassificante*, isto é, que ultrapassou os limites da *ocorrência* do desporto, flagrante ou inquérito policial em relação a tais fatos, seriam, apenas, medidas promocionais — bons pratos para a imprensa — mas *magra ceia* para a Justiça Criminal.

O desporto — adverte LIDA BIANCHI (9) — é um fator de integração social, pois guarda em sua idéia “el contenido de una fuerte nota de solidariedad; el sometimiento a las reglas; la prolongación de un sentido de responsabilidad y permanencia más allá de la cancha”.

Várias teorias jurídicas têm sido aventadas, aqui e alhures, para a negação do chamado “delito desportivo”. Sobre elas, porém, não discorreremos aqui, assim porque *quase* tôdas guardam em si um ponto comum de gestação, já porque cuidamos do tema, sob destaques metódicos, em nosso “Doping, Homicídio e Lesões no Desporto” (10). Quase tôdas as teorias, com efeito, partem do *punctus saliens* de que o Estado aprova, estimula e até tira proveitos do desporto, notadamente do futebol, em horas de conquista de popularidade. Como quer, portanto, que se denominem — “Teoria do consentimento do ofendido”; da “Ausência de Antijuridicidade”; do “Fim não contrário ao direito”; da “Legalidade Implícita”; da “Conformidade extralegal”; do “Caso fortuito”; da “Equiparação”; da “Prevalência das regras do desporto”; do “Consentimento da Sociedade”; do “Fim reconhecido pelo Estado”; do “Costume *praeter*

9 — Revista de Derecho Deportivo, cit. apud SISCO;

10 — Ed. Alba — Guanabara — 1967;

legem”; do “*Costume contra legem*”; da “*Analogia in bonum*”; da “*Inexigibilidade de outra conduta*” — *quase* tôdas elas, como dissemos, têm um conteúdo mais ou menos lógico, sempre ligado a um dado comum de penetração. Restrições mais profundas podem ser feitas, apenas, às teorias da *equiparação e do consentimento do ofendido*. A primeira, porque não se pode equiparar a lesão e o homicídio em decorrência do desporto à lesão ou à morte em decorrência de intervenção cirúrgica; à segunda, porque o direito penal não é uma ciência a serviço de caprichos, renúncias ou bravuras *pessoais*. É ciência de índole sabidamente pública, que não admite, por isso mesmo, que o homem disponha, livremente, de sua integridade física ou de sua vida. Demais disso, acrescente-se que o desportista que se dedica a uma prática violenta, não está, por isso, *permitindo* que se lhe mutile o corpo ou que se lhe roube a vida. Está, isso sim, aderindo a um desporto *regulamentado*, para o qual se prepara técnica-mente, armando-se de eficientes recursos de defesa e confiando, certamente, no socorro médico, que lhe não faltará.

Isto pôsto, passemos às *coisas externas* do desporto, isto é, às que se verificam fora dos campos, das quadras, das pistas, dos *rings* e dos tablados.

Em 1967, tivemos a ousadia de, em livro, discordar dos eminentes penalistas ANIBAL BRUNO e NELSON HUNGRIA, que, escudados nas lições de VICENZO MANZINI e MAGALHÃES NORONHA, passaram a incriminar o *doping*, a título de estelionato ⁽¹¹⁾.

Para nós aí estava, a tôda a evidência, uma hipótese de interpretação *analogica ad malam partem*, pois a conduta incriminada não estava descrita, satisfatoriamente, no preceito condenador, no caso, o art. 171 do Código Penal de 40.

Conhecendo as revelações de CARLOS BROUDEUR ⁽¹²⁾; de JOSÉ LEÓN PAGANO h.; da revista *Epoca*, da Itália; dos “casos” TOM SIMPSON, KNUT ENAMARK e MALEJAC; da crônica dos jogos Pan-Americanos de Winnipeg; dos relatos de FRANCISCO SARNO e de JOÃO SALDANHA; dos discretos comentários dos médicos JOSÉ VALENTE, OSVALDO DE OLIVEIRA e HAROLDO LOPES DA COSTA; do relatório do prof. DOTZAUER (diretor do Instituto Médico-Legal de Colônia, Alemanha), acerca da morte do pugilista JUPP ELZE; da mensagem do ministro TARSO DUTRA; do depoimento de ATHIÉ JORGE CURY; da informação do Conselho Nacional de Desportos; dos

11 — *Doping*: de “dop”, bebida excitante muito usada pelos pioneiros holandeses que fundaram New York. O vocábulo aparece, em antigos documentos europeus, com as grafias “dôpe”, “dooping” e “dopen”.

12 — “La delincuencia en el deporte”, ed. Depalma — 1956;

trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito; das declarações de ADHEMIR DA GUÍA, para não falarmos de “casos que o segrêdo médico protege e dos que a *malavita* do desporto encerra, sob sete chaves, elaboramos anteprojeto de lei que, tipificando, segura e claramente, a ilicitude em causa, também incriminava tôdas as modalidades de corrupção no desporto, até então em baixo relêvo, no intocável *mapa mundi* do “jôgo paralelo”.

Versando o tema corrupção, JOSÉ LEÓN PAGANO h. observa, em sua já citada “Criminalidad Argentina”: “No faltan los subornos individuales a los jugadores que pueden decidir el encuentro, aunque también es común que el arreglo se celebre entre las comisiones directivas interesadas. El precio puede ser una suma de dinero o la transferencia de un jugador de un equipo a otro. En estos casos los directivos del club ordenan a los jugadores dejarse derrotar e ndeterminado partido, llegando hasta amenaza cuando encuentran resistencias.”

Antes dêsse comentário, lastimava-se PAGANO h.: “Pero por desgracia la práctica del juego profesional deriva en múltiples corruptelas. Para oprobio nuestro, hace algunos años fue necesario contratar jueces extranjeros para actuar en los cotejos del fútbol profesional.”

CARLOS BROUDEUR, com conhecimento de causa... e de “casos”, sublinhou, de seu turno: — “Pero, no obstante la severidad de sus reglamentos, (referia-se à Associação de Futebol) carece de medios eficaces para reprimir la perniciosa actividad de sujetos que actuando individualmente u organizados en bandas, hacen de la corrupción del deporte un lucrativo medio de vida y para los cuales nada puede significar la amenaza de correcciones disciplinarias, puramente deportivas o morales.”

Mas, como se sabe, lá, como cá, más fadas há...

O amadorismo *marrom*, por exemplo, é fato universal. A rigor, poderemos dizer que amadorismo só existe, mesmo, nas Fôrças Armadas, onde não têm trânsito os chamados “contratos de gaveta”. E a falsidade ideológica, consistente na alteração, perante oficiais do registro público das pessoas naturais, da data do nascimento... para efeitos amadoristas? E as ruidosas “marmeladas”, sempre rendosas, com afrontosa deturpação da idéia do desporto?

Mas... fiquemos por aqui. Voltemos, prudentemente, ao nosso anteprojeto.

Apresentado à mesa da Câmara Federal, por via do operoso e inteligente deputado ANIZ BADRA, o esbôço logrou, ali, tramitação triunfal, para receber, no Senado, consagrador acolhimento, em seguida a subs-

tancioso parecer do penalista-senador ALOYSIO DE CARVALHO FILHO,⁽¹³⁾ de saudosa memória. A despeito de tudo, porém, o já então projeto de lei não recebeu o *nihil obstat* do Plenário, pois a êste se opôs, como a tantos outros, o irremovível obstáculo do recesso parlamentar. Mas, com o rolar dos tempos, outra oportunidade se nos ofereceu. E a ela nos agarramos, firmemente. Servimo-nos, então, de discreta concessão a nós aberta por um dos revisores do Anteprojeto HUNGRIA de Código Penal, ao qual já havíamos feito chegar algumas sugestões, prontamente acolhidas pelo saudoso projetista, e, hoje, consubstanciadas nos artigos 148; 153 § 3º, I; 157, 159, II; 162; 184, VI (335); 185; 189; 289; 362 e 400 da codificação a vigorar em agosto. Portanto, remetendo ao ilustre professor BENJAMIN MORAES FILHO trabalho nosso aprovado pelo plenário do II Congresso Brasileiro de Justiça Desportiva, ⁽¹⁴⁾ conseguimos, afinal, ver nossa iniciativa coroada de êxito.

O art. 1º de nosso anteprojeto estava assim concebido:

— Usar ou empregar substâncias excitantes ou deprimentes, ou qualquer outro ardil, com o objetivo de fraudar jogos desportivos ou competições de animais não vedadas pelo poder público,

incriminando, pois, nem somente o “doping”, senão também tôdas as fraudes transfiguradoras da norma de cultura.

Não sabemos por que razão, embora incriminando, ⁽¹⁵⁾ sob o *nomen criminis* de “porte de entorpecente para uso próprio”, uma conduta que não é criminosa, mas apenas doentia, ⁽¹⁶⁾ a nova codificação penal suprimiu, no modelo, o verbo *usar*. E assim saiu à rua:

— Empregar substância excitante ou deprimente, ou qualquer outro ardil, para fraudar jôgo desportivo ou competição de animais, não vedada em lei, com o fim de obter vantagem econômica, para si ou para outrem,

deixando, portanto, de incriminar o *uso*, pelo atleta, de drogas estimulantes, sem interferência de quem quer que seja, mas sempre, é claro, com propósitos inconfessáveis, já que fraudulentos. A nova codificação penal puniu, portanto, a *toxicomania* (que é doença de notificação e tratamento compulsórios) e deixou de punir uma fraude à *grande orquestra*. Ora pois...

13 — “Diário do Congresso Nacional”, seq. II, n.º 155, de 12-IX-1968;

14 — Relatório do II Congresso Brasileiro de Justiça Desportiva — Vitória — 1967;

15 — Art. 314, § 1.º, inciso III do Código Penal de 1969;

16 — Decreto-lei n.º 891, de 25-XI-1938 e Código Nacional de Saúde (Decreto n.º 49.974-A, de 28-I-1961, que regulamentou a Lei n.º 2.312, de 3-XII-1954). Ver “CRIME DE PERIGO ABSTRATO”, ed. Ozon — 1961, de nossa autoria;

Sabe-se que o atleta que, ocasionalmente se dopa, (Passe o verbo!) embora com o "doping" não alcance melhor rendimento técnico, a verdade é que se põe em condições de modificar o resultado do jogo. Isso para receber o "bicho" da partida. Isso, em suma, para mudar o resultado da competição, com prejuízo do espetáculo, em si, e das platéias que *apostam*; que concorrem em "bolos desportivos" e que, agora, vão jogar na loteria específica.

O desporto — insistamos — é fecunda escola de cultura, e, portanto, deve ser estimulado e praticado sob comando de aprimoradas normas de ética e disciplina. Todos os equipistas, assim, devem pisar as canchas munidos das mesmas armas.

Discorrendo sôbre nosso anteprojeto, MAGALHÃES NORONHA (o autor, portanto, invocado por BRUNO e HUNGRIA), embora reeditando o entendimento de que "tais fatos freqüentes vêzes incidirão no art. 171 do Código Penal, (de 40) constituindo a figura do estelionato," acrescenta que "merece aplausos o projeto apresentado, pois, com o tratar de crime que lesa o patrimônio de indeterminado número de pessoas e desvirtua os fins das competições desportivas, porá, em termos claros, a punição desses fatos."

Depois de outras inteligentes considerações, MAGALHÃES NORONHA finaliza: "O fato constitui preocupação geral, como nos mostra telegrama de Genebra, transmitindo-nos a notícia do veemente apêlo das Nações Unidas contra o emprêgo de psicotrôpicos ou outras substâncias nas competições desportivas."

Atleta químico; animal farmacodinâmico e corrupção em geral, eis o que, agora, a despeito da acanhada redação do art. 185 do novo Código Penal, passa a ser objeto de severa reação do direito. Ficam, pois, reduzidas à condição de liliputianamente desprezenciosas e de nada realizadoras, as contravenções de "crueldade contra animais" do art. 64 e seus parágrafos da Lei de Contravenções Penais. E, por falarmos de contravenções, que poderíamos dizer das concessões feitas aos "jóqueis clubes", em diversos países, com a transformação de jogatina feroz em desporto elegante, voltado, segundo se alardeia, para o fomento da raça puro-sangue? Mas não é sabido que essa grave tarefa pertence, *ex vi legis*, ao Ministério da Agricultura?

Quando, no Parlamento argentino, a questão do "fomento" foi debatida, por iniciativa do senador CARLOS PELLEGRINI, o deputado E. S. PÉREZ assim discursou, como noticia ENRIQUE R. APTALIÓN (17): — "Se agrega, señor Presidente, que es necesario estimular la ganaderia en todas sus manifestaciones, y que debe existir el sport, porque haciendo correr los caballos de carrera, se mejora su raza. Yo creo que se puede perfectamente probar las condiciones de los caballos de carrera en el circo o en cualquier otra parte sin que exista necesariamente el sport; y a mi se me ha ocurrido esta sensilla pregunta: a qué aspiramos nosotros? A tener caballos muy buenos? Bién, señor Presidente, tenemos toros y carneros que pueden competir con los mejores del mundo, y

digo: ha sido necesario establecer algun sport sobre la fineza de la lana, sobre el peso de los toros, sobre la forma de sus flancos para que se haya llegado a este perfeccionamiento en las razas ovina e bovina?"

A pretexto do desporto, o Estado comete, aos quandos, ruidosos desatinos. *Quandoque bonus, dormitat Homerus...* Além do que vem de ser destacada, passa êle, como se sabe, a explorar, agora, a loteria desportiva, da mesma forma que patrocina, como loteria, o jôgo dos bichos, que tanto combate.

A loteria — diria RUY BARBOSA — ⁽¹⁸⁾ é a matriz nacional do jôgo. É o bicho graduado a descoberto. É a batota pública. É o bacará do Estado. É a fúria do azar entrando-nos por casa, assaltando-nos à rua, berrando-nos a sorte até nos estribos dos bondes. Enquanto os outros jogos têm de ser procurados por nós, êsse nos procura, nos comete, nos sitia. E em nome do Tesouro. E com o carimbo do govêrno. E sob a guarda da polícia. E em beneficio de obras pias.

Por ser norma de cultura, o desporto, no mundo moderno, apesar das distorções que sofre, está sob proteção constitucional, pelo que recebe estímulos morais e financeiros do Estado, dado que, hoje, é um dos melhores veículos de propaganda, interna e externa. Em diversos países — entre êstes, felizmente, o Brasil — essa norma cultural se alinha entre as mais relevantes preocupações do Estado, figurando, assim, em tema de direito de crítica, ao lado da ciência, da arte e da literatura. Não constitui abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento — proclama o art. 27 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 — “a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar”.

Ainda como norma de cultura, a que se agregou, com o advento do profissionalismo, o conceito de *trabalho*, o desporto, notadamente o futebol, já preocupou, por inúmeras vêzes, o Judiciário, em decorrência de questões contratuais e de “passe”.

Em 1950, nossa Côrte Suprema (então ainda muito desinformada acêrca dos “mistérios” do futebol) entendeu que êste, sob nenhum pretexto, poderia ser havido como objeto da legislação trabalhista. Eis o que ocorreu, outrossim, na Argentina, em 1952, pois, a 15 de abril dêsse ano, a Câmara de Apelação do Trabalho, em Buenos Aires, sublinhou, em acórdão tomado por unanimidade de votos, que “entre el jugador profesional de fútbol y el club deportivo que lo ha contractado no existe una vinculación de carácter laboral”. Mas ocorre que a Justiça comum, aqui e alhures, a despeito dêsses arestos, continuou em dúvida, pois, afirmado o profissionalismo, não poderia deixar de ver no desporto uma atividade nitidamente *empresarial*.

Tanto no Brasil, como na Argentina, a jurisprudência, cremos, tende a firmar-se, acertando o passo com a realidade, nesse sentido, a exemplo do que ocorreu na França e na Espanha, (1941/1953) por via de realística construção jurisprudencial.

18 — Biblioteca Brasileira de Direito Criminal, ed. Nac. de Dir., n.º 2, 1952;

Em 1961, CABRERA BAZAN, em livro apresentado como tese de doutoramento *cum laude*, punha fim à controvérsia, seguido, de resto, no Brasil, toramento à Universidade de Sevilla, (19) e aprovado como "sobressa-por EVARISTO DE MORAES FILHO (20). "Negar que la prestación del jugador profesional de fútbol es una prestación que en nada difere en su esencia de la propia del más típico contrato de trabajo pensable, es volver la espalda a la realidad, refugiándose en un absurdo anacronismo, y creer que una norma legal o reglamentaria tiene los poderes mágicos precisos para invertir la naturaleza de las cosas; ductilidad tiene el Derecho, pero no tanta como para convertir lo blanco en negro, ni como para hacer desaparecer, como por escotillón, ante nuestros ojos, un contrato de trabajo donde real y verdaderamente existe; podría parafrasearse aquí lo que con tanta frecuencia han dicho el Tribunal Supremo y el Central de Trabajo: los contratos se califican según lo que resulte de las prestaciones realmente pactadas, y no por el arbitrario que nos asignen los contratantes (o los reglamentos federativos)".

O Tribunal Supremo espanhol decidiu, reiteradas vezes, que, "como actividade laboral, a desenvolvida por un pelotari profesional, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto de remuneración regular, dependencia y subordinación", está sob proteção do direito do trabalho, "sin que para nada se tuvieran en cuenta los reglamentos federativos".

Para concluirmos: — AFRANIO PEIXOTO não se fartou de repetir que "os melhores remadores e ginastas de Oxford e de Cambridge são a um tempo seus melhores estudantes: o órgão desenvolvido pelo exercício das funções de actividade — aduziu — fica desenvolvido para as funções da inteligência".

No dia 8 do corrente mês, Mr. Harold Wilson — austero Primeiro-Ministro da coroadada democracia inglesa — surgiu, nos jornais de Londres, em vésperas de eleições, envergando um vistoso uniforme de goleiro. São do famoso político estas palavras: — "Se eu fôsse treinador de futebol, estaria mais preocupado em perder êsse emprêgo do que o de Primeiro-Ministro".

No Brasil, recentemente, o Presidente da República passou a recomendar a um técnico de futebol, para salvar o nosso selecionado, a convocação de um centroavante "de briga".

Está demonstrado, seguramente, que, entre os grandes Embaixadores nossos, sem curso no Itamarati, destaca-se, triunfal e limpidamente negra, a figura fabulosa de Edson Arantes do Nascimento — o divino crioulo. E quem ignora que saudoso estilista pátrio viu em Arthur Friedeinreich um "Ruy Barbosa de cabeça para baixo"? Pois encerremos êste modesto estudo com a afirmação de que nossos maiores penalistas, ou praticaram ou ainda praticam desportos, sem o que estariam na "regra três" da seleção mundial da inteligência.

19 — "El contrato de Trabajo Deportivo" — Madrid — 1961;

20 — Anteprojeto de Código de Trabalho, ed. Impr. Nac. — 1963.

DEPENDÊNCIA (TOXICOMANIA) E O NÓVO CÓDIGO PENAL

OSWALDO MORAES ANDRADE

Presidente da Associação Médica do Estado da Guanabara — Ex-Presidente da Associação Psiquiátrica do Rio de Janeiro, GB

A HISTÓRIA MAIS ANTIGA É CERTAMENTE A DO VÍCIO

Há 25 anos convivemos e vivenciamos o problema dos tóxicos no Brasil e no mundo. É um assunto fascinante, não fôssem as conseqüências malélicas que traz para a Humanidade.

TOXICOMANIA — A Organização Mundial de Saúde estabeleceu que A TOXICOMANIA É UM ESTADO DE INTOXICAÇÃO PERIÓDICO OU CRÔNICO, NOCIVO AO INDIVÍDUO E À SOCIEDADE PELO CONSUMO REPETIDO DE UMA DROGA (NATURAL OU SINTÉTICA) — Suas características são:

- 1º) Invencível desejo ou NECESSIDADE (obrigação) de continuar a consumir a droga e de procurá-la por todos os meios;
- 2º) Tendência a aumentar a dose;
- 3º) Dependência de ordem psíquica (psicológica) e física em face dos efeitos da droga.

Entorpecente — segundo DI MATTEI —

“Entorpecentes são venenos do homem e da sociedade, que, suscetíveis de promover agradável embriaguez, agem eletivamente sôbre a cortiça cerebral e que podem ser tomados em doses crescentes sem determinar envenenamento

agudo e morte, mas capazes de provocar estado de necessidade tóxica ou perturbações graves e perigosas por abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas."

O interessante desta definição é que ela trata do ponto de vista social "NOCIVO AO INDIVÍDUO E À SOCIEDADE", conforme o preâmbulo da OMS que define saúde como "UM ESTADO DE BEM-ESTAR FÍSICO, MENTAL E SOCIAL".

Não se deve confundir as drogas que engendram as toxicomanias com aquelas que engendram o hábito.

Há drogas que jamais fazem nascer a necessidade imperiosa de usá-las, mas são tão desejadas, e tão desejadas que são capazes de engendrar o hábito.

Neste grupo encontramos a Cannabis Sativa L, as anfetaminas que são aqui no Brasil as drogas mais consumidas, sem falarmos no problema do alcoolismo que vem aumentando dia a dia e atingindo também as mulheres, que representam já 12% dos casos de alcoolismo atendidos no P.S.P. da Zona Sul.

Estas substâncias produzem efeitos nocivos ao indivíduo e à sociedade e causam dependência de ordem psíquica. As nossas leis já estão preparadas para reprimi-las.

Drogas toxicomanógenas são aquelas que ocasionam a bem conhecida síndrome de abstinência causada pelo ópio e seus derivados e as drogas sintéticas de ação morfínica.

Pelo Decreto-lei nº 891 de 25 de novembro de 1938, a maconha foi considerada entorpecente para fins de repressão, vamos encontrar no Grupo XVI o cânhamo (Cannabis Sativa L.), e a variedade índica (maconha, meconha, diamba, liamba e outras denominações vulgares).

O Decreto-lei nº 159, de 10 de fevereiro de 1967, já usando a nova terminologia da OMS, atualizou o Decreto-lei nº 891, que dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, eliminando a palavra toxicomania e colocando para fins de repressão no mesmo plano da substância entorpecentes as anfetaminas (bolinhas) e outras drogas, inclusive o LSD-25 — dietilamina do ácido lisérgico.

Falsos e efêmeros são os prazeres que decorrem do uso inveterado de entorpecentes e eufóricos. O bem-estar passageiro que estas substâncias produzem cede lugar a sofrimentos, por vezes insanáveis.

Vários são os meios que levam o indivíduo ao vício. Na parte referente à psicopatologia, já se afirmou que os verdadeiros toxicomaníacos são aqueles que têm uma predisposição constitucional ao tóxico.

Os toxicomaníacos ou dependentes se dividem em dois grupos:

Dependentes ocasionais — os que não têm uma atração irresistível para o tóxico; foram vítimas da terapêutica, surgem de um acidente, curados da situação mórbida, não reincidem, são os falsos toxicomaníacos.

Dependentes constitucionais — são os que andam à procura de sensações estranhas, de prazeres extravagantes, de volúpias imaginárias, os hedonistas. Nêles se notam os traços históricos ou psicopáticos vários.

EVOLUÇÃO

Os morfinomaníacos, como os cocainomaníacos passam por 4 etapas marcantes em sua evolução, que variam em intensidade conforme a personalidade do viciado:

- 1º) Período de iniciação ou de euforia, chamado LUA DE MEL;
- 2º) Período de hesitação ou intermitência;
- 3º) Período de hábito impulsivo ou morfinomaniaco; e, finalmente o
- 4º) Período que é o de decadência ou caquexia morfinica.

No período de iniciação, o indivíduo experimenta os efeitos eufóricos do opiáceo. Sem entrar em estado de torpor, comum às grandes doses, o viciado incipiente no uso, ainda em doses medicamentosas, refere leve excitação geral, vivacidade, satisfação, sensações de êxtases, de tranquilidade, de bem-estar geral, em suma, o período que o levará à tendência e ao uso.

No segundo período, consciente do risco que pode ocasionar o vício, o indivíduo tenta recuar. Procura diminuir a dose. Experimenta outras drogas. E depois retorna à mesma substância, passando à fase de impulso ou morfinomaniaca. NESTA FASE O PACIENTE ENTREGA-SE PASSIVAMENTE AO VÍCIO. Aparecem então as modificações causadas pelo tóxico e o pavor pelo estado de abstinência (ansiedade, descargas diarréicas, suores profusos, colapso).

O último período do morfinismo inveterado é a caquexia, condição irreversível somato e psicicamente. O ESTADO DEMENCIAL E AS AFECÇÕES LEVAM À RUÍNA E À MORTE.

(QUENTOMANIA) — O viciado geralmente se prende a mais de um tóxico, sendo por isso mais comum falar em POLITOXICOMANIAS.

Verificamos casos de abuso de cocaína quando os pacientes diziam que, para despertar-lhes o apetite, recorriam à diamba, pois a maconha despertava-lhes a fome; esta desaparece quando sob a ação da cocaína. (Velhos aos 27 anos. Ex. Bolívia).

Os indivíduos que usam os psicoestimulantes tornam-se insones, e, para compensar recorrem aos barbitúricos. Utilizam também os psicoestimulantes, para mascarar a embriaguez e terminam fazendo um verdadeiro coquetel: ópio ou seus derivados, cocaína, álcool, maconha, psicoestimulantes, sedativos e agora o LSD-25.

TOXICOMANIAS

O opínismo é a maior pandemia e a mais grave. Dos derivados do ópio, a heroína age mais poderosamente do que a morfina e os extratos totais; em dose menor já produz um estado de euforia especial, não determinado por outros tóxicos.

A sensação de bem-estar determinada pela heroína é acompanhada pela hiperatividade psíquica, com hiperfacilidade na associação de idéias. É interessante assinalar que os adeptos destes estupefacientes reconhecem quando lhes substituem o tóxico por outro alcalóide do ópio. Sabemos que a heroína em solução não é estável e, assim, se transforma, depois de algum tempo, em morfina. Citam-se casos em que se estavam fazendo as toxiprivações na base

de heroína, quando o paciente protestou alegando estar sendo enganado pelo médico. Ao ser examinada a heroína, verificou-se que a mesma havia se alterado para morfina.

CRISE DE ABSTINÊNCIA

É a fase médico-legal grave dos viciados em heroína. A necessidade do tóxico nesta fase é vital para o indivíduo.

Vamos dar uma idéia do que seja a crise de abstinência, caracterizada por sintomas somáticos e psíquicos no viciado quando se lhe suspende bruscamente o entorpecente, ou então quando se faz a toxiprivação progressiva, sendo neste último caso menos intensa a sintomatologia. (Exemplos de casos de morte nas prisões).

Um doente, citado por Zanelli, definiu este estado da seguinte maneira: "suporte a tortura da toxi-privação e o inferno, a agitação e a angústia da abstinência." Quando se aproxima a hora do viciado tomar nova injeção, o viciado começa a sentir um mal-estar inconfundível e um abatimento psíquico. A face fica lívida, os lábios brancos ou arroxeados, os olhos perdem o brilho e a vivacidade.

Há aumento das secreções, aparecem lágrimas e corrimento nasal, cólicas com diarreias e profusos suores frios. Aparecem náuseas, vômitos, seguidos bocejos, espirros, dispnéia e o toxicomaniaco, que no decorrer do seu vício, se vangloriava de que jamais sentira frio, porque o ópio, como já diziam os antigos "é um medicamento quente", começa a tremer e a ficar algido.

Nesta fase, o enfermo torna-se agressivo, violento, invectiva os médicos, enfermeiros e todos os que lhe contrariam os desejos. Toda sua energia é concentrada com o fim de obter o tóxico. Nesta hora ele é capaz de todo aviltamento no sentido de obter a droga que lhe é, realmente, de uma necessidade vital. O estado de sofrimento aumenta e nada consegue debelar a crise, sendo, por vezes, necessário empregar uma pequena dose do tóxico usual, com que se obtém verdadeira metamorfose. O paciente de agitado torna-se tranqüilo, bem humorado, sereno.

A crise de falta é notada em recém-natos, em virtude do vício da genitora no curso da gravidez. A crise de abstinência com substância opiácea só é possível debelar com o uso do próprio tóxico.

Pernambuco Filho cita dois interessantes casos clínicos: "Pessoa de nível superior, que se viciando em morfina, dela abusava largamente. Desejando curar-se internou-se espontaneamente. No fim da toxi — privação, surgiu uma crise aguda de abstinência, com sintomas alarmantes. Os analéticos de nada valeram e as pioras cada vez mais se evidenciavam. O pulso irregular batia 42 vezes por minuto e suores frios cobriam o doente.

A aplicação de morfina, de que já não fazia uso há 24 horas, fêz com que o indivíduo ressuscitasse."

O segundo caso objetivo: Tratava-se de indivíduo de grande corpulência, que chegara a usar 4 gramas de heroína diariamente, dose extraordinária, se considerarmos que 0,15 centigramas de morfina são suficientes para provocar a morte em pessoa que dela nunca fêz uso. Um dia não lhe foi mais possível obter o tóxico. Tentou resistir aos sofrimentos que iam sempre em progressão crescente e no fim de alguns dias procurou um Sanatório a fim de se internar.

Ao chegar ao hospital, as suas fontes de resistência estavam esgotadas, caindo com uma síncope morfínica. Ainda aqui, as diferentes terapêuticas de nada valeram e 10 centigramas do alcalóide fizeram o indivíduo escapar à morte. Este homem, que reincidiu no vício, faleceu de síncope da mesma natureza, por lhe faltar o tão necessário veneno. Diariamente tomamos conhecimento pelas agências telegráficas internacionais, de jovens que morrem pelo uso e pela "falta" do tóxico na Europa e nos Estados Unidos.

As observações de casos semelhantes são frequentes, o que vem demonstrar que a abstinência é conseqüência de profundas alterações metabólicas e não, como muitos pretendem, um estado meramente imaginativo do paciente.

Comprovam também esta maneira de encarar a crise de "falta", como já aludimos a necessidade que apresentam os recém-natos toxicômanos, devido ao vício da genitora, durante a gravidez.

Wikel cita uma criança, que veio ao mundo, filha de toxicômana, apresentando os sintomas de supressão brusca do tóxico e, só se salvando do êxito letal, porque lhe aplicaram forte dose de ópio.

Nesta emergência se deve fazer mamar a criança, quando isto fôr possível. Cita-se a observação em que a mãe pôde assim dispensar de dar o alcalóide ao filho.

Sabemos que a morfina é também eliminada pela saliva, pela pele e pelas glândulas mamárias; isto é particularmente importante, porque as crianças se nutrindo do leite materno, podem assim absorver uma certa quantidade do tóxico ao qual elas são muito sensíveis. Mas o aleitamento da mãe viciada é quase sempre difícil, porque a intoxicação morfínica crônica exerce uma ação deletéria sobre as glândulas e por conseqüência sobre o seu produto de secreção que logo desaparece.

O porquê da abstinência? Marmé atribui as perturbações de "falta" a um envenenamento pela oximorfina ou óxido de morfina, formado no organismo, devido a alterações bioquímicas.

DIEDRICH refere que retirando no sangue do fígado e pulmão de animais envenenados com a morfina, uma substância idêntica a oximorfina, que não produz narcose, mas se injetada em pequena dose no animal, determina logo sintomas semelhantes aos da abstinência e que desaparecem com a injeção de morfina como sucede no homem.

Terminado o período de desintoxicação, uma verdadeira metamorfose orgânica se opera no viciado. Volta a alegria de viver, o apetite, o ânimo, a atividade, o sono. As funções sexuais genitais se normalizam, podendo-se concluir que está recuperado o indivíduo, podendo, então reintegrar-se à sociedade.

As vezes, encontrávamos a chamada "crise paradoxal", isto é, um indivíduo já desmorfinozido, apresentava, um mês após o tratamento de recuperação, uma crise tardia de abstinência, mas isto era fato raro. O tratamento nunca deve ser inferior a dois meses.

HISTÓRICO

A história do vício é tão antiga quanto a Humanidade. Na história de todos os povos encontramos o uso de bebidas fermentadas, desde as mais primitivas eras. O primeiro adepto do álcool apareceu quando o homem experi-

mentou o suco de um fruto caído ao acaso e já fermentado. Milênios antes de Cristo já encontramos na História da China as normas utilizadas pelos fumadores de ópio.

O homem, em busca de lenitivo à dor ou alívio à angústia, em busca de prazeres estranhos, de volúpia de êxtase mergulha nas mais diversas formas de vícios que o transformarão num dependente à droga, sem a qual no seu entender não haverá razão de viver.

O hábito de mascar fôlha de coca, do fumo e das bebidas fermentadas constituía parte dos rituais religiosos ou de feitiçarias, como meio de facilitar a comunicação com as divindades, através dos sonhos ou dos estados de êxtase.

Na lenda grega, Helena dissipava a tristeza, a cólera, dissolvía os maus pensamentos e curava os males através do suco da papoula.

Esta substância de extraordinária propriedade sôbre o psiquismo, que eliminava a irritação era o ópio.

Outra lenda muito difundida é que diz respeito ao Cannabis Sativa L — No ano de 1190 da era cristã — HASSAN-IBN-SABA fundou uma associação secreta que resolvia seus problemas por meio do assassinio. Antes da prática do crime, os seguidores eram intoxicados com haxixe, uma mistura de várias drogas, inclusive uma substância extraída da fôlha do cânhamo. No período de intoxicação, os adeptos eram levados a jardins povoados de mulheres, onde lhes ofereciam todos os prazeres, como prelibação do paraíso que os esperaria, se êles cometessem os crimes a lhes serem determinados. Vemos que, nesta lenda antiga, o Velho da Montanha prometia também a seus simpatizantes, juntamente com o tóxico, lindas huris, e já perguntava Pernambuco Filho, autoridade em toxicomania: “Era o haxixe ou o desejo de possuir a linda huri, que movia o braço assassínio? Nada ficou provado, mas hoje existe quase uma convicção coletiva de que a maconha é especificamente criminógena.”

A toxicomania veio do Oriente e passou para o Ocidente obrigando aos diversos países a tomarem medidas de ordem restritiva para debelar o mal.

Na história da Inglaterra há uma nódoa conhecida com o nome da Guerra do Ópio que a Grã-Bretanha moveu contra a Velha China. Resolvendo o imperador LIN combater o vício que dizimava o povo chinês, eliminando o tráfico, mandou apreender e terminou afundando um navio inglês, que trazia o contrabando de ópio e o estava descarregando no pôrto de Catão. A Inglaterra declarou guerra à China, vencendo-a e obrigando-a a abrir cinco portos para o comércio do ópio proveniente da Índia.

Depois da 1ª Grande Guerra, tomaram incremento avassalador, infiltrando-se em tôdas as camadas sociais, as substâncias toxicomanógenas.

Depois da Segunda Grande Guerra — 1939-1945 — houve uma pandemia com o abuso dos psicoestimulantes (perventin-dexamil, benzedrina), que já durante o conflito foram usados por ambas as partes sob o nome de “comprimidos de energia”, pelas tropas britânicas e norte-americanas e também pelos alemães, que usavam a METILANFETAMINA (FENIL-I-METIL-AMINO-PROPANO) alegando melhor estímulo central, sem reações desagradáveis.

Os opiáceos, a morfina e as drogas sintéticas de ação morfínica — chamadas antigamente de responsáveis pela toxicomania maior, — são mais difundidas nos

países de moeda forte, pois os traficantes, na ânsia de maiores lucros, tudo fazem para disseminá-la.

Aqui no Brasil, em estatísticas oficiais e a própria vivência hospitalar nos mostra que, quanto aos opiáceos e aos derivados sintéticos de ação morfínica, houve uma queda vertiginosa, quando compararmos com o uso na década de 20 a 30, em que chegou a ser considerado “vício social e elegante”, conforme trabalho de Pernambuco Filho e Adauto Botelho.

Hoje temos que alertar as autoridades pela onda de criminalidade que vem causando os psicoestimulantes.

Há drogas que já constituem problemas de saúde pública nos Estados Unidos. Uma está dando seus primeiros passos no Brasil e portanto devemos ficar prevenidos: é o LSD-25.

Albert Hoffmann trabalhando com o esporão de centeio, sentiu-se mal, com distúrbios alucinógenos, percebendo imagens coloridas em caleidoscópio e uma sensação de embriaguez agradável. Posteriormente, verificou que estas sensações estranhas estavam diretamente relacionadas com a absorção de quantidades infinitesimais de uma droga que está hoje muito disseminada, principalmente nos EUA que é a dietilamina do ácido lisérgico, conhecida universalmente pela sigla LSD-25. Droga fantástica que está exercendo forte atração sobre os intelectuais. Aldous Huxley em “As portas de Percepção” descreveu suas experiências com a mescalina, que apresentava sintomas semelhantes aos do LSD-25.

Entre os alucinógenos ou ilusínógenos mais conhecidos, citamos o Iagè (Amazonas) Banisteria Caapi, mescalina, a Lisergamina ou Dietilamina do ácido lisérgico (LSD-25) e a Psilocibina.

As aplicações do LSD-25 são bastante restritas, uma delas seria a de facilitar a psicoterapia em casos de neuroses.

A droga é despersonalizante e tem o poder de provocar as chamadas *psicoses modelo*.

Em psicoterapia a finalidade era a de facilitar o *rapport* entre o analista e o analisando.

As experiências mostraram que quando se dava LSD-25 a esquizofrênicos em fase de remissão, o paciente retornava ao quadro anterior. Agia o LSD-25 como desencadeante da sintomatologia esquizofrênica, sendo necessário por vezes, recorrer a convulsoterapia elétrica.

As experiências em indivíduos maníacos desencadeavam um quadro que não era bem maníaco, mas esquizofreniforme.

Nos alcoolistas (*Delirium Tremens*) reeditava o quadro do *Delirium Tremens*.

Portela Nunes cita um caso de um paciente que apresentou um quadro catatônico que durou 24 horas com o uso do LSD e desapareceu com o tratamento adequado (crospromazina).

Hoje condenamos o LSD-25 como terapêutica pois pode desencadear a psicose nos predispostos.

Timothy O’Leary fez suas experiências na Universidade de Harward de onde terminou sendo expulso. Achava que o LSD-25 facilitava a psicoterapia de

grupo, pois fazia com que se recordasse de fatos da infância. Mas isto também pouco ajuda, pois a psicoterapia atual já demonstrou que pelo simples fato de se recordar de uma vivência que permanecia no inconsciente, não faz com que a pessoa fique recuperada. O fato de se lembrar de uma ocorrência passada não serve para melhorar o paciente. O risco do LSD-25 é de tal maneira impressionante, que o Senado Norte-Americano aprovou a proibição das experiências naquele país. E Timothy O'Leary recuou em sua divulgação.

Acho que o LSD-25 deve ser utilizado para fins de pesquisas, sob o controle das Universidades.

Há trabalhos que mostram a ação nociva do LSD sobre os cromossomos, podendo ser responsável pelas malformações fetais dando origem aos chamados "filhos da talidomida".

Das drogas atualmente utilizadas pela juventude desavisada, despertam-nos a atenção para as substâncias psicoestimulantes. Essas drogas possuem realmente uma ação criminógena (indutora ao crime), provocando distúrbios da conduta e culminando por levar os indivíduos que delas fazem uso e abuso a uma psicose-tóxico-anfetamínica.

Urge, pois, que se faça uma longa e pertinaz campanha, através da imprensa escrita e falada, no sentido de esclarecer à população brasileira dos riscos a que estão sujeitos aqueles que delas fazem uso.

Reforçando a nossa tese, permitimo-nos transcrever um trecho do relatório apresentado à comissão de estupefacientes da Organização Mundial da Saúde pelo Dr. Tokeo Masaki, da Associação dos Farmacêuticos Japoneses, sobre as perturbações produzidas pela dependência anfetamínica no Japão, ao fim da última guerra. Neste relatório verificamos que, aproximadamente, 1.500.000 indivíduos, na idade de 13 a 30 anos, eram vítimas da referida droga. Consignamos também casos de psicose, de criminalidade, evidenciando a sua alta periculosidade. Refere ainda que em 60 homicídios havidos nos meses de maio e junho de 1964, 31 dos criminosos eram dependentes de anfetamina (bolinha).

Nas linhas que se seguem, trataremos da dependência anfetamínica, depois definiremos o conceito moderno de dependência anfetamínica e finalmente teremos considerações em torno de tratamento e dos problemas psiquiátricos e médico-letais suscitados pelos anfetamínicos.

De larga sinonímia, as anfetaminas chamam-se maxiton e ortedrine em França, pervintin na Alemanha, metedrina na Inglaterra e desoxina nos EUA.

De toxicidade muito baixa, o produto apresenta larga distância entre a dose mínima letal e a dose terapêutica, cerca de 1 para 100. O modo de administração se faz por via oral, por inalações por via nasal, hipodérmica ou intravenosa.

É importante lembrar que medicada em regime para emagrecer ela inibe o apetite e leva ao hábito e não tem ação sobre a depressão.

Ultimamente, os anfetamínicos passaram a ser muito usados por diversos profissionais, estudantes e artistas como meio de manter o nível psíquico, a exaltação.

Em doses exageradas, produzem estímulo cerebral acompanhado de euforia, loquacidade e insônia. Em uso continuado, produzem perda da sensa-

ção de fadiga, seguida de estado astênico, instabilidade afetiva, alterações nutritivas, emagrecimento, taquicardia e instabilidade circulatória.

Segundo Buzze, doses superiores a 3 centigramas já produzem angústia, inquietude, irritabilidade e alucinações visuais terríficas e delírio onírico. A experiência mostra que as anfetaminas podem prolongar a vigília por mais de 48 horas. Aproveitando esta propriedade de prolongar a vigília eram usados por motoristas sonolentos comprimidos de anfetamina. Julgamos tal procedimento mais perigoso que preventivo de desastres.

Outra prática que nos parece condenável é a prescrição de anfetamínicos por longo tempo às crianças, a fim de tratar anomalias de comportamento. Aqui, não raro, ocorrem sinais de anfetaminismo terapêutico.

DEPENDÊNCIA ANFETAMÍNICA

De uso freqüente pelos toxicômanos na falta de estupefacientes, pelos alcoolistas para mascarar os efeitos do álcool e cortar a embriaguez, pelos viciados em barbitúricos para impedir a sonolência, por estudantes, principalmente, em vésperas de exames, por deprimidos ou disfóricos, a fim de estimular ou euforizar o cérebro, criam destarte as anfetaminas graves problemas médico-sociais que transcendem os domínios da saúde pública e culminam em setores da psiquiatria, da polícia e da medicina legal. Entre nós, foi o Dr. Heitor Péres um dos primeiros que se levantaram contra o abuso dos anfetamínicos.

Os sintomas de anfetaminismo agudo aparecem no curso de tratamentos para emagrecer ou em casos de intolerância ou de absorção de grandes quantidades. Consistem, principalmente, na inquietação psicomotora, incapacidade de atenção, obnubilação da consciência, estado confusional com exteriorização delirante, enfim, numa síndrome de reação exógena.

De bastante tolerância, conduzem ao avezamento, a estados de impregnação tóxica mais ou menos duradouros ou a intoxicações crônicas, com características de toxicomania, isto é: 1) invencível desejo de continuar a consumir a droga e de procurá-la por todos os meios; 2) tendência a aumentar a dose; dependência de ordem psíquica em face de seus efeitos. *Não se observam, entretanto, sintomas de abstinência na toxi — privação brusca.*

Não é, portanto, droga toxicomanógena no sentido estrito da definição internacional; revela-se, porém, essencialmente habituógena.

DEPENDÊNCIA

O comitê de peritos da Organização Mundial de Saúde para drogas que engendram a toxicomania, em relatório de 7 de maio de 1964, assim se manifesta: Diante das freqüentes interpretações errôneas do termo "toxicomania" e a confusão com o termo "hábito" e também a variedade sempre crescente de substâncias sobre que são solicitados os órgãos de contróle internacionais de estupefacientes a se pronunciarem, por muitas vezes se tem tentado encontrar um termo geral aplicável ao emprego abusivo de diferentes tipos de substâncias. A dependência de ordem física ou psíquica, ou de ambas, é a característica comum e, então, recomendou o Comitê de peritos substituir os termos "toxicomania" e "hábito" pelo termo único "dependência", precisando em cada caso o tipo particular de substância cuja administração repetida engendra o estado de

dependência, (por exemplo, dependência do tipo morfínico, barbitúrico, cocáinico, canabínico, anfetamínico) Contrariamente, às antigas definições em que os critérios eram tomados aos domínios heterogêneos da toxicologia, da farmacologia, da psicologia e da sociologia, a nova terminologia permite descrever com exatidão e clareza os diferentes tipos de dependência. Na opinião do Comitê de peritos, o novo termo "dependência" não implica avaliação de grau de perigo que a substância em apreço representa para a saúde pública nem da necessidade que resulta de particular tipo de controle. O termo "dependência" permite, além disso, por seu caráter descritivo, ligar os efeitos médicos de uma substância a seus efeitos nocivos para o indivíduo e a sociedade, quer dizer, permite grupar os próprios fatores que são decisivos para tudo o que está afeto ao controle.

A síndrome de reação exógena anfetamínica apresenta certa obnubilação da consciência e configurações secundárias com sintomas obrigatórios, variáveis. As configurações secundárias exibem quadros delirantes, oníricos, alucinatorios e outros que se assemelham a surtos esquizofrênicos.

Dificuldades assaz grandes oferece o diagnóstico diferencial entre o surto esquizofrênico e um quadro de reação exógena por anfetamina. Uma anamnese acurada facilitará esse diagnóstico. É imprescindível dar toda a importância ao antecedente da ingestão da droga e a análise do episódio delirante nos poucos dias de abstenção.

CASOS CONCRETOS

Observação

Obs. nº 5 — M. A., 45 anos de idade, brasileiro. Abusava do pervantin, fazendo referência à ingestão de 30 comprimidos diários. Isto num período de 15 anos. Vida social intensa. A inquietação era de tal maneira, que não se sentava nem para fazer suas refeições. Tumultuava o ambiente. Fazia simultaneamente vários negócios, cujos resultados financeiros eram quase sempre negativos. Gastava além das posses. Aumentava os compromissos sem poder solucioná-los. Pioneiro e cheio de iniciativas. Passando o efeito dos comprimidos, tornava-se deprimido e irritado. A internação em serviço especializado foi por diversas vezes solicitada, mas era sempre adiada. De uma feita, passou 24 horas em uma atividade improdutivo em preparativos para ser internado. Foi submetido à sonoterapia. Alta, recuperado.

Obs. nº 6 — F. H., 32 anos de idade, brasileiro, médico. Revelando competência profissional e conhecimento em sua especialidade, tinha atividade intensa. Teve diversas oportunidades para melhorar em sua carreira no magistério, mas foi tudo perdido. Chegou a tomar 15 ampolas de pervantin por dia. Passou a assumir compromissos acima de suas possibilidades. Incompatibilizou-se com todos os que procuravam auxiliá-lo. Culpava parentes e amigos e irritava-se quando se fazia referência ao abuso de anfetamínicos. Entrou em atrito com os familiares. Atitude paranoide. Dizia-se perseguido pela inveja dos demais colegas, aos quais menosprezava e ridicularizava. Exaltava o próprio eu. Passou a morar só, isolando-se de tudo e de todos. Descuidava de sua apresentação pessoal e deixava a barba por fazer. Emagreceu, a ponto de impressionar os familiares que o internaram em estabelecimento especia-

lizado. Foi submetido à sonoterapia e insulino-terapia. Após dois meses de internação, obteve alta, curado dos sintomas que motivaram a internação."

No campo de saúde pública, os problemas são semelhantes ao das toxicomanias. Muita razão, aliás, assiste a Carvalho Ribas em recente trabalho. Diz êle:

"Arrisca-se a contrair o anfetaminismo ou seja, a anfetamiomania, aquele que abusa das aminas psicotônicas com os seguintes objetivos: emagrecimento, maior energia física, resistência à fadiga, vivacidade intelectual, maior sociabilidade, combate à prostração alcoólica, obtenção de euforia, resistência ao sono, estado de liberação propício à prática de atos ilícitos, ânimo para a realização de determinados atos, simulação de estado mórbido, tentativa de suicídio."

CONSIDERAÇÕES PSIQUIÁTRICAS

No campo psiquiátrico, as observações de viciados se multiplicam na sociedade e nos estabelecimentos hospitalares. Nenhum clínico ou especialista põe em dúvida que o reiterado consumo de anfetamínicos pode ser responsável por *psicoses transitórias* em pessoas normais e pelo agravamento do estado mental de predispostos, neuróticos e psicóticos. A administração de anfetamínicos a esquizofrênicos pode melhorar a inércia para depois precipitar explosiva excitação ou propiciar a realização de agressões inspiradas por seus delírios, ou levá-los à tentativa de suicídio e ao crime. Nos dias que correm, maximé nos grandes centros de vida intensa, cresce assustadoramente o anfetaminismo.

Caracterizam-se por desordenada e improdutiva atividade, exaltação mental, instabilidade da atenção, sensação de *facilidade e de potência sexual*. Aumento real da força muscular e desordens de caráter se associam a sinais físicos, tais como permanente midríase, aumento da diurese, elevação da temperatura, hiper-tensão arterial, perda de apetite e emagrecimento.

Ocorrem idéias delirantes de interpretação, de ciúmes, alucinações psíquicas, eco de pensamento e alucinações auditivas.

Geralmente se acham circunscritas ao anfetaminismo crônico verdadeiras *psicoses tóxicas* que se traduzem na síndrome de exógena. Resultam do consumo impulsivo, continuado, de substâncias anfetamínicas, abuso incentivado por especial tendência mórbida, terreno propício à manifestação da figura psiquiátrica a que chamamos *psicose "tóxico-anfetamínica"*, à semelhança de *psicoses morfínicas, cocaínicas, varonálicas* etc. Essas *psicoses*, assinaladas por diversos autores, começam agora a ser melhor estudadas, mas suas graves eventualidades ainda não empolgaram os espíritos dos psiquiatras infelizmente:

"Obs. nº 4 — C. C. M. — 41 anos de idade, soiteira, brasileira, funcionária. Para emagrecer, começou a fazer uso de sulfato de bezendrina aos 21 anos de idade. Desde então usa o referido medicamento e similares. Agora vem fazendo uso exagerado da droga. A paciente pronunciava palavras desprovidas de nexos. No local foram encontrados vidros vazios de "dexamil".

Chamado o médico-assistente, foi indicada a internação. Contava a paciente uma história estranha, alegando que tinha sido assaltada, mas o ladrão só lhe levava o dinheiro, deixando as jóias. Ao ser internada,

apresentava as vestes em desalinho, andava com dificuldade. Humor, ora irritado, ora deprimido. Recrimina a pessoa que encontrou o medicamento em sua bolsa. Irritada, agressiva e logorreica. Orientação falha. Palavras arrastadas, pastosas. Idéias delirantes de base persecutória. Delírios alucinatórios. Instável. Inquieta. Choros convulsivos. Acorretida de crise de excitação psicomotora. Falava seguidamente. Contava histórias fantásticas a respeito da internação. Não se julga doente. Dependência anfetamínica. Psicose tóxico-anfetamínica. Obteve alta, curada, após 30 dias de tratamento."

"Obs. nº 3 — C. L. C. — 18 anos de idade, brasileira, solteira, estudante. Começou a fazer uso de anfetamínicos para emagrecer, por indicação médica. Depois passou a fazer uso de dexamil por conta própria, tornando-se agressiva, desconfiada, julgando-se perseguida pela empregada. Já não atendia a ponderações. Consultado o especialista, foi indicada a internação em estabelecimento psiquiátrico. A paciente encontrava-se desnutrida. Recusava alimentação. Passava as noites em claro. Foi posteriormente reinternada pelos mesmos motivos. Tipo estrutural leptossomático. Pupilas em midríase. Fisionomia perplexa. Idéias delirantes de feitiço persecutório. Julga que fizeram um "trabalho" para prejudicá-la. Em suma, após o uso de anfetamínico, mostra-se, inquieta, insone, agressiva. Psicose tóxico-anfetamínica".

Hoje dispomos de leis para reprimir a toxicomania.

O Decreto-lei nº 159, de 10 de fevereiro de 1967, que "dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências", atualizou o Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938.

CAPACIDADE CIVIL

No anfetaminismo crônico, na psicose tóxico-anfetamínica, a internação para tratamento é indicada. Ela se faz, voluntariamente, em serviços clínicos abertos; judicialmente, em serviços especiais, face à peremptória recusa do intoxicado. A interdição do exercício dos direitos é relativamente demorada. Ela viria a um só tempo proteger o anfetaminomaniaco reincidente, de prognóstico severo com a escassa possibilidade de recuperação, e o doente mental, quiçá esquizofrênico, também vítima da dependência anfetamínica, senão enfermo de autêntica psicose tóxico-anfetamínica, ainda escassamente diagnosticada, em associação com outras doenças mentais. Em tais casos, podem-se entrever manifestações peculiares à figura médico-legal da prodigalidade.

O viciado dispõe de tudo sem atentar na providência mais essencial à sua própria subsistência e a da família, empregando haveres na provisão de anfetamínicos, de que usa e abusa. O caso abaixo relatado, refere-se a um indivíduo que sem medo de que lhe viesse a faltar a droga, dispendeu na época valiosa quantia em dinheiro na aquisição de anfetamínico. Ei-la:

"Obs. nº 4 — M. C. — 19 anos de idade, brasileiro, estudante. Lúcido e orientado auto e alopsiquicamente. Faz uma série de atos sem objetivos aparentes. Anda a esmo. Não atende às ponderações de seus familiares. Passa noites em claro. Insônia rebelde. Fica horas seguidas em atitudes de expectativa, calado. Tem tido alucinações visuais, refere "que há gente atrás de minha poltrona". "Sentia-se perseguido e, como

defesa, anotava os números de carros que no seu entender o seguiam". Com receio de que lhe viesse faltar a droga, procurou adquiri-la em todas as farmácias dos diversos bairros da cidade, a fim de guardar em sua casa o "pervitin" e similares, chegando, ao que nos informa a dispender cerca de Cr\$ 400,00 na aquisição destes medicamentos. O paciente apresenta lacunas da memória, principalmente no que diz respeito aos fatos relacionados com a genitora. Trata-se de jovem, cuja conduta revela uma personalidade desarmonica e desajustada. Há três anos vinha abusando de anfetamínicos. A apresenta desordens da personalidade. Toxicofílico e que apresentou manifestações psicóticas de etiologia exotóxica. Posteriormente, reinterna-se prêso de excitação psicomotora. Continua abusando de anfetamínicos. A excitação é consecutiva à ingestão desbragada de "pervitin". Chegou a tomar 100 (cem) comprimidos por dia."

Em caso de doença mental agravada pelos anfetamínicos, com atos anti-sociais, perturbações da ordem pública, interdição ampla ou limitada pode e deve ser promovida.

O casamento ante sua significação e magnitude sócio-econômica deve ser vedado aos anfetaministas impenitentes, infensos ao tratamento ou reincidentes. São viciados que se assemelham aos demais toxicômanos.

O testemunho dos toxicomaníacos, segundo Nilton S. Barbosa e O. Morais Andrade, é notadamente infiel. Assim, também, o testemunho dos anfetaministas.

RESPONSABILIDADE PENAL

O anfetaminismo abre caminho a delitos e contravenções. As contravenções envolvem médicos, farmacêuticos e viciados. Habitualmente, suscitam problemas cujas principais soluções se acham na alçada das autoridades sanitárias.

Os delitos decorrem da perda de autocritica e senso ético.

As violências são habituais e chegam a perturbações de ordem pública, sobretudo no propósito de obter os anfetamínicos. Nestes casos, as ampolas de "pervitin" eram as mais procuradas.

TRATAMENTO

A anfetamina pode e deve ser suspensa, bruscamente, pois não temos aqui o fenômeno da "falta", isto é, o estado de necessidade que encontramos nas pessoas que usam os opiáceos ou os derivados sintéticos de ação morfínica. De início, procuramos melhorar as condições orgânicas do paciente e desintoxicá-lo. Nos casos mais graves, em que já se evidenciou a psicose tóxico-anfetamínica, a internação em estabelecimento psiquiátrico se impõe. Uma vez internado, o paciente será examinado clinicamente e serão solicitados exames complementares e, posteriormente, submetidos à sonoterapia, mas sempre acompanhado de uma adequada psicoterapia.

CONCLUSÕES

A Respeito da Dependência Anfetamínica

As anfetaminas são medicamentos psicotônicos de ação simpaticomimética e neuro estimulante central, de bastante tolerância e baixa toxicidade, usados por via oral, nasal, intramuscular e endovenosa. Dos derivados da série anfetamínica

mais empregados na prática médica, merecem particular atenção a desoxiefedrina ou metil-anfetamina e a desoxinorefedrina ou anfetamina propriamente dita. O consumo iterativo das anfetaminas engendra especial estado de impregnação tóxica ou anfetaminomania, mais precisamente, de dependência anfetamínica. O abuso e a administração prolongada dos anfetamínicos que se traduz no anfetaminismo agudo ou crônico, criam graves problemas sócio-econômicos e de saúde pública com sérios perigos para o indivíduo e para a coletividade. Aspectos psiquiátricos assumem grande importância ante as manifestações psicopatológicas que os anfetamínicos provocam em pessoas normais ou predispostas e ainda, agravamento do estado mental em enfermos neuróticos e psicóticos. Essas manifestações traem-se na exteriorização de desordens psíquicas elementares, de síndromes de reação exógena e psicoses tóxicas-anfetamínicas mais ou menos transitórias e de ciúmes. Os aspectos legais tratam das implicações médico-forenses, respectivamente da capacidade civil e da responsabilidade penal dos anfetaministas. Na capacidade civil, alinham-se as exigências da internação para tratamento e da interdição, bem como os requisitos essenciais ao casamento, ao testemunho e ao testamento. Na responsabilidade penal, incorrem aqueles que praticam atos anti-sociais, promovem perturbações da ordem pública ou cometem contravenções e delitos. Aliás, a esses viciados, assim como aos demais toxicômanos, *dever-se-ia, ao invés de condená-los, aplicar-lhes medidas de segurança tendentes à cura.*

Medidas Preventivas

Todos os autores e estudiosos dos problemas das dependências concordam que para a verdadeira toxicomania é necessário que haja uma predisposição individual que leve o indivíduo ao tóxico.

Essas pessoas em face de frustrações, decepções, incapacidade para enfrentar os problemas da vida, pela ignorância dos efeitos causados pelas drogas ou pela curiosidade em descobrir sensações novas são presas fáceis dos tóxicos.

Para termos êxito em uma campanha contra a onda avassaladora das drogas capazes de provocarem dependência física ou psíquica no Brasil e no mundo, *a campanha deve ter um caráter preventivo e não só repressivo.*

Devemos procurar as causas do abuso dos tóxicos estudando as motivações individuais e coletivas e as condições sociológicas e mesológicas que favorecem o aumento dos toxicomaníacos. Todos os ângulos do problema devem ser estudados e analisados a fim de esclarecer a população, mas tendo o cuidado de evitar que tina informação errada ou deturpada possa servir de arma de dois gumes.

Devemos criar aqui, a exemplo do que se está fazendo agora nos EUA, um Conselho Nacional de Coordenação Sobre o Abuso das Drogas. Essa Organização Nacional passaria a coordenar tôdas as informações com respeito às drogas e promoveria cursos no sentido de aprimorar os conhecimentos básicos de professôres que tenham contato direto com os jovens.

Da Finalidade

Estimular a participação dos diversos Estados da Federação, dos municípios e colaborar com os centros educacionais que manifestem interesse pelo assunto.

Incentivar as pesquisas concernentes ao abuso das drogas.

Divulgar as informações junto às diversas especialidades, professores, médicos, psicólogos, a fim de melhor esclarecer a população.

Mantor controle permanente das drogas capazes de engendrar a dependência.

Pronunciar sobre o valor dos programas educativos concernentes ao abuso de medicamentos e assegurar ampla difusão das medidas julgadas salutares à população.

Estabelecer com a Secretaria de Educação e Cultura do Estado da Guanabara um plano-piloto a fim de conscientizar os alunos das escolas primárias do Estado, a respeito da nocividade dos tóxicos em linguagem acessível e ricamente ilustrado; o mesmo deveria ser feito nos demais Estados do Brasil.

Devemos começar pela escola primária, pois o problema de elucidação dos adolescentes vem encontrando sérias resistências e dificuldades, dado que os indivíduos dêsse período etário já se julgam com maturidade suficiente e desprezam e menosprezam os aconselhamentos e orientação dos adultos.

Finalmente, articular com as entidades internacionais ligadas à Organização Mundial de Saúde a fim de que as medidas preventivas tenham um caráter Universal. Esta é, ilustres ouvintes, a nossa contribuição.

D E B A T E S

Ao iniciar os debates, o Professor Virgílio Luiz Donnici pergunta sobre a ação criminógena da maconha, "Cannabis Sativa L".

— A maconha é uma substância euforizante, nociva ao indivíduo e à sociedade, mas não tem ação criminógena, tão decantada em todo o País.

No Manicômio Judiciário "Heitor Carrilho" encontram-se internados numerosos delinquentes e apesar da intensa vigilância, por vêzes logramos surpreender nas buscas periódicas a chamada erva maldita, entre os internados que dela fazem uso.

Verificamos, também, que, dada a proximidade do Manicômio Judiciário com o morro de São Carlos, a maconha freqüentemente é lançada em "bolas de meia", através do muro que separa o pátio dos internados da referida favela. A erva tinha acesso também por intermédio da visita.

Portanto, apesar da intensa vigilância, por vêzes os internados abusavam do uso da maconha, não tendo havido contudo, entre eles, nenhuma manifestação de agressividade, nem jamais tendo ocorrido um crime, que pudesse ser imputado ao uso e abuso da referida substância.

Há tempos, tomamos conhecimento de que o M. M. Juiz Dr. Rubem Rodrigues da Silva, em exercício na 9ª Vara Criminal, absolveu N. M. M., processado por estar traficando maconha no interior da Penitenciária "Lemos de Brito". Esse preso cumpria pena justamente pelo mesmo crime. O magistrado em apêço, em sua sentença afirma que "a Lei ao punir o comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, pressupõe esteja o agente em condições de poder traficar com substâncias entorpecentes.

Ora, um preso, recolhido à Penitenciária, não desfruta a necessária liberdade para realizar o comércio criminoso. A prática de delito, a meu ver, — disse —

é impossível à falta de condições objetivas para a comercialidade de entorpecente."

Chamamos o fato acima, a fim de ilustrar o nosso ponto de vista, do que até entre os presos, apesar da vigilância, a diamba é difundida.

Em abril de 1961, tivemos um expressivo caso. O Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal encaminhava, mediante Ofício de nº 1.684, ao Manicômio Judiciário, o acusado R. T. S., a fim de submetê-lo "à necessária observação e exames imediatos para comprovar, devidamente, sua condição de maconheiro, pois devido ao aspecto que apresenta, parece estar sob os efeitos da maconha".

Base criminoso de alta periculosidade foi preso em flagrante por haver assaltado algumas pessoas na via pública subtraindo-lhes dinheiro. Opôs resistência à prisão negando-se a ser identificado. Levado à presença do Magistrado tentou agredi-lo.

Alegou-se que a agressão violenta esboçada pelo paciente fora causada pela diamba.

Esse paciente foi enviado em seguida ao Manicômio Judiciário "Heitor Carilho", por ordem do M. M. Juiz da 3ª Vara Criminal, a fim de esclarecer-se o crime e o alto grau de periculosidade que apresentava era ou não consequência da maconha, de que estaria impregnado.

O paciente foi internado e examinado pelos Drs. Iza A. da Matta e Edmundo Magno de Abreu Júnior, que apresentaram respectivamente os laudos psiquiátricos e clínicos, dando a seguinte impressão diagnóstica: "Não foram encontrados elementos no quadro apresentado pelo paciente que nos permitam suspeitar de intoxicação por maconha. Exibe o observado um quadro sintomático de catatonia".

Posteriormente, examinamos exaustivamente esse paciente e concluímos que se tratava de um esquizofrênico, sujeito ao chamado impulso catatônico (raptus). (Laudo de exame de sanidade mental de n.º 3.249 de 28-6-1961.) Submetido a tratamento especializado — convulsoterapia elétrica associada à clorpromazina — entrou em remissão dos sintomas que motivaram sua internação no M. J. H. C.

Outro caso: W. P. S., que há tempos foi encontrado morto com o corpo perfurado por balas numa favela desta cidade. Esse delinqüente já havia sido processado pelas seguintes Varas Criminais = 4ª, 6ª, 8ª, 12ª, 13ª e duas vezes pela 21ª, preso também em flagrante "por ter em seu poder certa quantidade de substância entorpecente denominada "maconha", que foi apreendida e devidamente periciada (auto de fls. 2 e laudo de fls. 11 — 13ª Vara Criminal).

Foi-lhe incurso nas penas do art. 281 do Código Penal. Examinado, verificamos tratar-se de um esquizofrênico e que ao tempo do evento se encontrava nas condições de que trata o artigo 22 do Código Penal, isto é, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Heitor Péres, em trabalho publicado sobre o diambismo (Toxicomanias — Cunha Lopes) revela que, na Penitenciária de Manaus, o Dr. Carpinteiro Junior, nos dois períodos em que dirigia aquele estabelecimento, sempre teve a oportunidade de verificar que os criminosos vindos do interior do Estado, momentaneamente

os provenientes do Baixo-Amazonas, na sua maioria usavam maconha, e severa vigilância devia ser feita no Presídio para que as visitas não fôsem portadoras da droga. Contudo, nunca pôde apurar a relação direta entre a maconha e o delito.

Na Coletânea de trabalhos brasileiros sôbre a maconha, editada pelo Serviço Nacional de Educação Sanitária, anotamos as experiências feitas em "anima nobile"; nenhum dêles apresentou uma reação de agressividade que pudesse culminar na prática de crimes prôpriamente ditos.

Conselheiro Serrano Neves — Acha o conferencista que se deve punir o agente que porta entorpecente para uso próprio?

Acho que devemos diferenciar o toxicomaniaco doente do traficante; o primeiro necessita de orientação médica.

Pediria permissão para mostrar uma pesquisa que fizemos no M.J.H.C. no período de 1951 a 1960. Fizemos um estudo a respeito dos enfermos enviados ao M.J.H.C. e cujos crimes eram imputados à diamba. Assim tivemos em:

1951 — 4 casos; 1952 — 6 casos; 1953 — 4 casos; 1954 — 6 casos; 1955 — 6 casos; 1956 — 10 casos; 1957 — 21 casos; 1958 — 20 casos; 1959 — 28 casos; 1960 — 15 casos.

Num total de 120 casos, estudando a dinâmica dos crimes praticados por êsses indivíduos verificamos o seguinte: I — 4 casos o crime estava relacionado com a neurose apresentada; II — 7 casos de epilepsias; III — 2 casos de psicose maníaco-depressiva; IV — 8 oligofrenias; V — 20 casos referentes a esquizofrenias; VI — 42 casos de personalidades psicopáticas; e VII — 37 casos sem perturbações mentais. Verificamos no quadro acima que o crime a êles imputado estava relacionado com a enfermidade mental e em 37 casos que não apresentavam doença mental, o crime era de traficar a diamba, isto é, ganhar dinheiro com a droga.

Os que fazem uso da maconha e outras substâncias tóxicas são de um modo geral personalidades predispostas, que necessitam mais de orientação médica do que de repressão policial.

Conclusão: o uso da maconha é nocivo ao indivíduo e à sociedade.

A maconha pode ser "cortada" bruscamente, não ocasionando alterações somatopsíquicas nos indivíduos que dela fazem uso, como acontece nos viciados do ópio e dos derivados sintéticos de ação morfínica.

A maconha é usada nos rituais religiosos de macumbas e candomblés.

Estamos de acôrdo com o que se vem fazendo nos Estados do Norte e Nordeste, isto é, destruir as plantações clandestinas da maconha, como um dos processos para erradicar êsse mal, pois a plantação desta erva é proibida por lei.

Outra pergunta: o vício de se fumar o cigarro comum é nocivo?

É nocivo, embora não chegue a caracterizar uma toxicomania.

O cientista americano Budh E. Bhagati provou que a necessidade de fumar do homem tem origem fisiológica e não psicológica, "porque a nicotina atua sôbre o mecanismo regulador do cérebro, a norpinfrina, fazendo com que o cérebro do fumante permaneça em estado de excitação anormal".

E quanto ao LSD-25?

O problema do ácido lisérgico é sério, embora não seja ainda problema aqui no Brasil, mas já o é nos EUA. O perigo do LSD-25 é que em dose infinitesimal já leva o indivíduo a apresentar transtornos da personalidade. O LSD-25 é uma substância solúvel na água e não tem cheiro nem sabor. As leis brasileiras já estão preparadas para reprimi-la.

LEGISLAÇÃO

Discordamos e apelamos para que seja modificado o § 1º inciso III do artigo 314 que reza o seguinte:

“traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

Como psiquiatra, lamento ver colocado no mesmo plano o marginal, o traficante e o doente.

O problema das dependências não se resolve com repressão mas com medidas profiláticas como aventamos nesse trabalho.

Lei nº 4.451 de 4-11-64, que altera a redação do artigo 281 do Código Penal vigente:

“O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º — O art. 281 do Código Penal passa, a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 281 — Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Penas — reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros.

§ 1º — Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Penas — reclusão de dois a oito anos e multa de três a doze mil cruzeiros.

§ 2º — Incorre em detenção de seis meses a dois anos e multa de quinhentos a cinco mil cruzeiros, o médico ou dentista que prescreve substâncias entorpecentes fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração do preceito legal ou regulamentar.

§ 3º — As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I — instiga ou induz alguém a usar entorpecente; II — utiliza local, de que tenha propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente; III — contribui, de qualquer forma, para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º — As penas aumentam de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.”

Art. 2º — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

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

Brasília, 4 de novembro de 1964; 143º da Independência e 76º da República. — *H. Castello Branco — Milton Campos* (D.O. de 6-11-64, pág. 10.017). Retif. no D.O. de 12-11-64, pág. 10.227.

Posteriormente pelo Decreto-lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968:

“Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal.”

O Presidente da República, usando da atribuição que lhes confere o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1º — O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 281 — Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º — Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I — importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica; II — faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica; III — traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º — Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena — reclusão, de 2 a 8 anos, e multa de 20 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 3º — Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração de preceito legal ou regulamentar:

Pena — detenção, de seis meses a 2 anos, e multa de 10 a 30 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 4º — As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I — instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

III — Utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III — contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 5º — As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 16 anos.

Art. 2º — No cálculo da multa levar-se-á em conta o salário-mínimo vigente na data da infração penal.

Art. 3º — Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 28 de dezembro de 1968; 147º da Independência e 80º da República. — A. Costa e Silva — Luiz Antônio da Gama e Silva. (D.O.U. de 27-12-68, pág. 11.201.)

Decreto-lei n.º 159, de 10 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

“O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 9º, § 2º, do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, decreta:

Art. 1º — As substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, embora não consideradas entorpecentes, aplica-se o disposto nos arts. 1º, § 2º, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 27, 29, 47, 50, 53, 56, 58, 62, *caput*, 63 e 64 do Decreto-lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938, e, no que couber, o disposto nos arts. 280 e 281 de Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964.

Parágrafo único — As substâncias de que trata este artigo serão relacionadas em Portaria do Diretor do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde, publicada no *Diário Oficial*.

Art. 2º — A venda ao público das substâncias referidas no artigo anterior só será permitida às farmácias, e mediante receita médica, observadas as instruções do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia.

Art. 3º — A distribuição de amostras de produtos que contenham quaisquer das substâncias especificadas nas relações de que trata o art. 1º, *parágrafo único*, deste Decreto-lei, fica sujeita à autorização especial do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia.

Art. 4º — Ao Diretor do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia competem as atribuições que o Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, confere ao Diretor-Geral do Departamento Nacional de Saúde, cabendo-lhe, também, expedir instruções para a execução deste Decreto-lei.

Art. 5º — Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 10 de fevereiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República. H. Castello Branco — Raymundo de Britto. (D.O.U. de 13-2-67, pág. 1.727.)

A Comissão de Constituição e Justiça (da Câmara dos Deputados) assim se pronunciou a respeito da modificação do Art. 281:

“Projeto nº 1.120/68 — *Dá nova redação ao art. 281 do Código Penal.* (*)

Autor: Poder Executivo

Relator: Dep. Pedroso Horta

Relatório

Adotando a exposição de motivos apresentada pelo Sr. Ministro da Justiça, o Exmº Sr. Presidente da República submete à consideração do Congresso Nacional o incluso projeto de lei (Mensagem nº 121, do Poder Executivo), *ex vi* do artigo 54, *caput*, da Carta Magna, objetivando modificar a redação do artigo 281 do Código Penal.

O escopo maior da propositura, no setor da prevenção e repressão ao uso de entorpecentes, é caracterizar como delito o simples porte do tóxico, mesmo quando para uso próprio do agente, uma vez que o viciado constitui elemento de facilitação e instigação do vício. Visa o projeto a capitular como anti-social o comportamento do viciado, porque sua atividade atinge, inclusive, interesses alheios.

Pretende, também, o mencionado projeto de lei, modificar o caráter casuístico do atual artigo 281 do Código Penal, acrescentando à repressão penal as drogas que produzem dependência física ou psíquica, assim consideradas as matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou substâncias que determinem tal dependência.

Parecer

Inconformado com a dominante jurisprudência do Excelso Pretório, que, em reiterados julgados, interpreta o dispositivo legal (art. 281, do Código Penal) como punitivo para os casos de tráfico e facilitação do uso de tóxico, não apenando ao viciado, quer o Executivo modificar a lei, objetivando a maiores facilidades para combate ao mal, “que se vem alastrando como um flagelo social” — Exposição de Motivos, fls. 6.

Constitucional a pretensão, porque calçada no art. 54, da Constituição vigente, porém, no mérito, inoportuno e altamente perigosa a sua adoção, nos termos propostos.

Senão vejamos.

Não é justo nem jurídico que chagas sociais sejam combatidas através de repressões violentas, que a nada conduzem, a não ser maior

(*) Este Projeto de Lei foi retirado pela Mensagem nº 33/69 do Poder Executivo, tendo em vista que a matéria fora disciplinada pelo Decreto-Lei nº 385/68. (Nota da Diretoria de Informação Legislativa.)

movimentação da política repressiva, sem benefício maior para a coletividade. V. G. lembro a prostituição e o jogo clandestino, que não diminuíram com a perseguição legal. O uso de entorpecentes ou substâncias afins, deve ser tratado pelo Estado como doença que é, jamais como delito, pois a condenação do doente não o vai curar da moléstia. Incompreensível que, enquanto a ciência penal, no mundo moderno, caminhe para a total recuperação do delinqüente, através de medidas liberalizantes, nós, no Brasil, adotemos tese oposta que fere os sentimentos do nosso povo.

Nelson Hungria, penalista de porte, ao analisar o atual artigo 281 do C.P., assim se expressou, no caso concreto do toxicômano: "Não é partícipe do crime, em hipótese alguma, a pessoa que usa ou a que é aplicado ou destinado à aplicação do entorpecente. Como indica a rubrica do artigo (comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes), o crime é o contribuir para o desastroso vício atual ou eventual de outrem (que a lei protege ainda que contra sua própria vontade), o VICIADO ATUAL (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que *PRECISA DE TRATAMENTO, E NÃO DE PUNIÇÃO* (vejam-se os arts. 27 e segs. do Dec.-lei nº 891). Quanto ao cliente ainda não viciado, não deixa de ser uma vítima do perigo do ser empolgado pelo vício, e não um criminoso."

(Comentários ao Código Penal, vol. IX, pág. 139 — Grifos e destaques nossos).

Ora, se a própria pena de morte não acarreta menor índice de criminalidade, nem leis drásticas reprimiram o uso de bebidas alcoólicas (veja-se o exemplo dos Estados Unidos, tanto no primeiro caso como também na cognominada Lei Seca), como vislumbrar-se solução do problema do tráfico de entorpecentes com a perseguição e condenação da vítima do vício?

Ademais, o elastério pretendido pelo projeto, na conceituação de entorpecentes e matérias afins, deixa ao arbítrio e alvêdrio da autoridade policial a catalogação de produtos e substâncias nocivas, quando a enumeração de tais produtos, hoje fixada casuisticamente pelas leis e regulamentos, são a maior garantia do indivíduo.

Por último, chamo a atenção para o fato de existir, nesta Casa, Comissão Especial que está elaborando nova legislação sobre a matéria enfocada, presidida pelo nobre Deputado Cantídio Sampaio, já havendo, inclusive, convocado altas personalidades do Governo para debate do assunto.

Isto pôsto, inevitável reconhecer a constitucionalidade da mensagem governamental, todavia, pela sua injuridicidade, inoportunidade e de caráter repressivo odioso, é a conclusão a que chego.

Sugiro, ainda, o encaminhamento do processo à referida Comissão Especial, evitando tramitação paralela.

Sala da Comissão, em 29 de maio de 1968. — Deputado *Pedrosa Horta*."

O NOVO CÓDIGO PENAL MILITAR

PROFESSOR IVO D'AQUINO

Manifesto, desde logo, meu desvanecimento pelo honroso convite, que, por intermédio do ilustre colega, Professor Virgílio Donnici, recebi da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado da Guanabara — para tomar parte neste simpósio, em que juristas tão eminentes versam o Direito Penal — doutrina e legislação — sob os mais atraentes e variados aspectos, para os estudiosos que o estimam e cultivam!

Cabe-me tratar, hoje, do novo Código Penal Militar.

Para situar, com mais nitidez, as idéias que vou desenvolver, devo adiantar que estão em vigor, atualmente, o Código Penal Militar o Código de Processo Penal Militar e a Lei de Organização Judiciária Militar. Antes, vigoravam o Código Penal Militar e o Código da Justiça Militar, que compreendia o processo e a organização judiciária militares.

Convidado em 1962, pelo então Ministro da Justiça, o emérito jurista, Dr. João Mangabeira, para elaborar os Anteprojetos de Código Penal Militar e de Código de Processo Penal Militar, concluí o primeiro deles, que foi publicado em 1963. O Ministério da Justiça nomeou então, uma Comissão para revê-lo, a qual ficou composta do autor do Anteprojeto e dos Professores José Teles Barbosa e Benjamin Morais Filho, presidida por este. Representou para nós perda inestimável o falecimento do Professor José Teles Barbosa, antes do término dos trabalhos da Comissão.

A revisão do Anteprojeto do Código Penal Militar acompanhou a do Anteprojeto de Código Penal, de autoria do eminente e sempre relem-

brado Mestre, Ministro Nelson Hungria. A medida que a Comissão Revisora do Anteprojeto Hungria lhe ia fazendo modificações, eram estas levadas em consideração pela Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal Militar.

Da mesma forma foram recebidas, com elevado aprêço, as sugestões oferecidas pelo Estado-Maior das Forças Armadas, pela Escola Superior de Guerra e por magistrados, membros do Ministério Público e advogados da Justiça Militar, sugestões essas acolhidas quase tôdas e que contribuíram para o aperfeiçoamento da obra sob os cuidados da Comissão Revisora.

O Anteprojeto foi ainda submetido ao exame da Comissão de Revisão Geral dos Códigos, presidida, então, pelo eminente jurista, Professor Alfredo Buzaid, do qual recebeu, também, algumas sugestões, tôdas aceitas.

Quero deixar expresso, a par de saudosa homenagem, o meu agradecimento ao Professor José Teles Barbosa, estendendo êste, especialmente, ao Professor Benjamim Morais Filho, que, pelo seu saber e segurança no trato do Direito Penal, prestou relevante serviço à elaboração do Projeto definitivo do Código Penal Militar. Foi êste promulgado pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, com a assinatura dos Ministros da Marinha, Almirante-de-Esquadra Augusto Hamman Rademaker Grunewald, do Exército, General-de-Exército Aurélio de Lyra Tavares, e da Aeronáutica, Marechal-do-Ar Márcio de Souza e Mello, usando das atribuições que lhes conferia o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Entrou em vigor a 1º de janeiro de 1970.

Quando me foi cometida a tarefa de elaborar o Anteprojeto êsse Código, tive em vista, de antemão, o Anteprojeto Hungria, que já estava publicado. Depois, o próprio Código Penal Militar de 1944, que cumpria atualizar, além dos subsídios colhidos na jurisprudência e na doutrina.

Merecem ser lembrados os nomes dos que compuseram a Comissão elaboradora daquele Código, juristas de escol, que levaram a tão notável contribuição às letras jurídicas do País, tomando realidade a melhor e mais avançada doutrina na aplicação do direito penal militar: o Ministro Barros Barreto, Presidente da Comissão, o Ministro Washington Vaz de Melo, os Desembargadores Antônio Vieira Braga e Sylvio Martins Teixeira e o Professor Demóstenes Madureira de Pinho.

Como acentua a Exposição de Motivos do Sr. Ministro da Justiça, que antecede o Código Penal Militar, ora vigente, houve a preocupação de lhe dar o máximo de unidade em relação à lei penal comum, evitando-se a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema.

Procurou, destarte, o Anteprojeto, com apoio da Comissão Revisora, e tal como ocorreu no Código de 1944, acether a mesma orientação quanto à relação de causalidade, ao conceito do crime, doloso ou culposos, consumado ou tentado, ao concurso de agentes, bem como a constituição do erro de direito e de fato e do erro sobre a pessoa e quanto ao

bem jurídico e dos elementos para a exclusão do crime. Tratando da coação irresistível, ressaltou, entretanto, que não pode ser invocada nos crimes em que há violação do dever militar, senão quando física ou material. Em referência à imputabilidade penal, aceitou as mesmas normas do Código Penal comum, nos casos de inimputabilidade e de imputabilidade relativa por doença ou deficiência mental e por embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior. Relativamente, porém, à imputabilidade de menores, mantém preceito especial, para equiparar aos maiores de dezoito anos, os militares, os convocados para o serviço militar e os alunos de colégios ou estabelecimentos de ensino sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.

Adota o mesmo sistema da legislação penal comum, para a divisão das penas em principais e acessórias, mas com sensível diferença quer entre o daquela legislação quer o do Código Penal Militar de 1944.

Dêste último Código conserva as penas de morte (sòmente aplicável em tempo de guerra), de reclusão e detenção (com especificação em cada crime) e de prisão (aplicável a militar condenado à pena de reclusão ou detenção por tempo até dois anos). Mas criou a pena de "impedimento", para os condenados por insubmissão, que a cumprirão no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar. Aboliu-se, desta forma, o recolhimento de jovens conscritos a uma prisão, onde iniciariam a sua vida militar, que é eminentemente educativa e deve despertar, a par da compreensão, da ordem e da disciplina, o sentimento de camaradagem e solidariedade coletiva. À pena de "suspensão do exercício do pôsto ou cargo", do Código de 1944, deu redação mais completa: "suspensão do exercício do pôsto, graduação, cargo ou função". Preceituou que se o condenado a esta pena, quando proferida a sentença, já estiver na reserva ou reformado ou aposentado, será ela convertida em pena de detenção, de três mêses a um ano. Manteve a pena de reforma, para os casos específicos.

Inovação importante é a determinação indeclinável de que a praça cumprirá a pena de "prisão" em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por mais de dois anos.

Como penas acessórias, inclui, estabelecendo-lhes as condições e regulando-lhes os efeitos: a perda de pôsto e patente, a indignidade para o oficialato, a incompatibilidade com o oficialato, a exclusão das Fôrças Armadas, a perda da função pública, a suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela e a suspensão dos direitos políticos.

As medidas de segurança foram simplificadas, tal como o fêz o Anteprojecto Hungria. Quanto à sua aplicabilidade existe, todavia, diferença apreciável. Sòmente podem ser impostas aos civis, aos militares ou assemelhados, condenados à pena privativa de liberdade por mais de dois anos ou aos que, de outro modo, hajam perdido função, pôsto e patente, ou hajam sido excluídos das Fôrças Armadas; aos militares ou assemelhados, nos casos de inimputabilidade ou imputabilidade relativa e aos militares ou assemelhados, condenados por crime cometido na direção de veículos motorizados.

Relativamente às circunstâncias agravantes de o acusado "estar em serviço", "empregar armas, material ou instrumento de serviço, para êste fim procurados" e "estar em país estrangeiro", ficou expresso que não se aplicam aos civis. De igual modo a agravante de "embriaguez", salvo se preordenada. Dispondo a respeito das circunstâncias atenuantes, prescreve que o juiz tem a faculdade de as atender ou não nos crimes em que a pena máxima cominada é a de morte.

Inovação de relêvo adotada pelo Código é a suspensão condicional, por dois a seis anos, da execução da pena de detenção não superior a dois anos ou no caso de reclusão por igual prazo, se o réu era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos ou maior de setenta, desde que preenchidas as mesmas condições previstas no Código Penal comum. Sofrem, entretanto, restrições: I — O condenado por crime cometido em tempo de guerra; II — em tempo de paz: a) o condenado por crime contra a segurança nacional ou, conforme a respectiva especificação, por certos crimes que atingem a autoridade, a disciplina ou a dignidade militar.

Regulando o livramento condicional, liberalizou-o em relação ao Código Penal Militar de 1944. Sòmente o excetuou em relação aos crimes cometidos em tempo de guerra. Para a sua concessão, aceitou o limite da condenação a dois anos, tal como já assentara o Anteprojeto Hungria.

Acolheu a indeterminação da pena, em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, nos mesmos têrmos constantes do Código Penal comum.

Quanto à extinção da punibilidade, o Código Penal Militar não discrepou das normas compreendidas no Anteprojeto Hungria, pelo critério de evitar a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema, exceto no que implicava peculiaridades do direito penal militar, como, por exemplo, a prescrição nos casos de deserção, insubmissão, reforma e suspensão do exercício do pôsto, graduação, cargo ou função.

Mas há acentuada divergência entre o § 1º do art. 125 do Código Penal Militar e o § 1º do art. 111 do Código Penal comum, que tratam da mesma matéria.

Dispõe o texto do primeiro daqueles Códigos:

"Sobrevindo sentença condenatória, de que sòmente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso, se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição e a sentença já decorreu tempo suficiente."

E o texto do Código Penal comum:

"A prescrição, depois da sentença condenatória de que sòmente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta, e verifica-se nos mesmos prazos."

Cumpra deixar acentuado que o disposto no Código Penal Militar é reprodução do Anteprojeto Hungria, alterado, depois, pela Comissão que o reviu, quando aquêle Código já estava revisto e pronto para ser promulgado.

A divergência atinge, de perto, a admissão da retroatividade da prescrição, após a sentença condenatória em primeira instância. Deve aquela ser considerada, em face do tempo decorrido, entre a data da denúncia e da sentença condenatória (da qual não tenha havido recurso do Ministério Público), pela pena **in concreto** ou pela pena **in abstrato**?

A questão mereceu o estudo e pronunciamento de dois consagrados juizes do Supremo Tribunal Federal: o Ministro Luiz Gallotti, que nos honra, e particularmente a mim, com a sua presença neste simpósio, e o saudoso Ministro Nelson Hungria, chefiando, cada um dêles, correntes opostas, o primeiro, pela retroatividade da prescrição pela pena **in abstrato**, e o segundo, pela pena **in concreto**, como tudo está límpida e magistralmente exposto por Aloysio de Carvalho, mestre sem par no assunto, em seus comentários ao Código Penal de 1940.

Como é explicável, codificando a matéria, Nelson Hungria ficou dentro da corrente que chefiara e que, aliás, teve, pouco a pouco, o acolhimento da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal Militar.

Cabe, ainda, pôr em relêvo a permissão para a extinção da punibilidade poder ser declarada em primeira instância, quando, pelo Código de 1944, só podia sê-lo pelo Superior Tribunal de Justiça.

Referentemente à reabilitação, o Código declara que ela alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva. Não diverge em seu tratamento pormenorizado do que prescreve o Código Penal comum.

O Código Penal Militar está dividido em duas partes: Parte Geral, de que já examinamos os tópicos principais, com um Livro Único; Parte Especial, com dois Livros: Livro I — Dos Crimes Militares em Tempo de Paz e Livro II — Dos Crimes Militares em Tempo de Guerra.

Mas, antes do exame dos crimes em espécie, é imprescindível, quer para a sua compreensão, quer para se ter uma idéia exata do critério a que obedeceu o Código Penal Militar, conceituar-se o que se deve entender por “crime militar”.

Está êste esboçado, em linhas mestras, assim para o tempo de paz como para o tempo de guerra, nos arts. 9º e 10 do Código. Nosso propósito, nesta palestra, é abordar os “crimes militares em tempo de paz”.

Há, ainda, entretanto, a considerar que o conceito de “crime militar” transcende do direito penal ou processo militar, para o direito constitucional.

A Constituição de 1891 dispunha apenas que os militares tinham fôro especial nos crimes militares, o que levou Barbalho a comentar que "o crime militar deve orientar-se, tomando como base a posição do militar e não a sua pessoa".

Mas quando, em 1944, foi elaborado o Código Penal Militar, estava em vigor a Constituição de 1937, que tornava extensivo aos civis o fôro militar, nos crimes contra as instituições militares ou contra a segurança externa do país. Esta prescrição, no entanto, não nascera daquela Constituição, porquanto a de 1934 já o consignara, nos mesmos termos, reproduzidos, por sua vez, na de 1946.

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, modificou esta Constituição, para declarar a sujeição dos civis ao fôro militar nos crimes contra as instituições militares ou a segurança nacional, nos casos expressos em lei, sem a exigência de que a "segurança" fôsse a "externa". Seguiu-o, nesta preceituação, a Constituição de 1967, bem como a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social estão definidos em lei especial (Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969).

Para conceituar o "crime militar", em si, o legislador adotou o critério *ratione legis*; isto é, "crime militar" é o que a lei **considera** como tal. Não define; enumera. Não quer isto dizer que não se haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci* ou *ratione muneris*. Apenas não estão expressos. Mas o estudo do art. 9º do Código revela que, na realidade, estão todos ali contidos.

São assim, por êste artigo, considerados crimes militares, em primeiro lugar, aqueles de que trata o Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial. Dentre os primeiros podem ser citados os crimes contra a incolumidade pública e certos crimes contra a administração militar, como os de peculato e falsidade. Dentre os segundos, os de motim e revolta, insubordinação, violência contra superior ou inferior, deserção, insubmissão, abandono de pòsto (critério *ratione materiae*).

Em segundo lugar, cogita dos crimes previstos naquele Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum (por exemplo, homicídio, lesão corporal, calúnia, difamação, injúria, constrangimento ilegal), quando praticados:

I — por militar em situação de atividade ou assemelhado contra militar ou assemelhado, na mesma situação (critério *ratione personae*); ou em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva ou reformado, assemelhado ou civil (critério *ratione loci*); ou em serviço, comissão de natureza militar ou em formatura (critério *ratione muneris*), ainda que fora de lugar sujeito à administração militar, contra qualquer das pessoas referidas no item anterior; ou em período de manobras ou exer-

cício, contra qualquer dessas pessoas; ou contra o patrimônio sob administração militar ou a ordem administrativa militar; ou que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal. Este último item é inovação do atual Código.

II — por militar da reserva ou reformado ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no início do inciso I como os do inciso II, nos seguintes casos: **a)** contra o patrimônio sob administração militar ou contra a ordem administrativa militar; **b)** em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça militar, no exercício de função inerente ao cargo; **c)** contra militar em formação, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; **d)** ainda que fora de 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 aquêle fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Não obstante haver o art. 9º do Código Penal Militar vigente acompanhado o critério que inspirou o art. 6º do Código de 1944, é mais minucioso do que êste, assim na redação como nas hipóteses previstas; tôdas, porém, adstritas ao mandamento constitucional que estatui a competência do fôro militar, para nêle serem processados, sob determinadas condições, militares e civis.

É necessário ter em vista que é restritiva a interpretação daquele artigo do Código em vigor, já pelos seus próprios têrmos, já pela preceituação constitucional, de que deriva.

Referindo-se a “militar”, em situação de atividade, na reserva ou reformado, o legislador considera como tal o pertencente às Fôrças Armadas, isto é, à Marinha, ao Exército ou à Aeronáutica, ou quem, a qualquer dêles, fôr incorporado por convocação ou mobilização.

Pela mesma ordem de idéias, o fôro especial extensivo aos civis, de que trata o § 1º do art. 129 da Constituição (Emenda nº 1) é tão-sòmente o que resulta da jurisdição dos órgãos de justiça constituídos por juizes militares daquelas Fôrças e magistrados a elas vinculados por lei. Não há outro “fôro especial” para o julgamento de civis, em face da Constituição, nem a lei ordinária pode criá-lo.

Assemelhado, conforme o art. 21 do Código, é o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento.

A distribuição da matéria, na Parte Especial (Livro I — Dos crimes militares em tempo de paz) do Código Penal Militar — objeto desta exposição — é diferente da adotada no Código Penal comum.

No Militar, compreende oito Títulos, divididos em Capítulos e êstes, algumas vêzes, em Seções, na seguinte seqüência: crimes contra a segurança externa do país, crimes contra autoridade ou disciplina militar, crimes contra o serviço e o dever militares, crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio, crimes contra a incolumidade pública, crimes contra a administração militar e crimes contra a administração da justiça militar.

Dentre êsses, há os que são pròpriamente militares, pela sua natureza e os que são considerados militares pela sua inclusão no Código. Todos, porém, atendem aos pressupostos conceituais do art. 9º a que antes nos referimos.

Quanto aos crimes pròpriamente militares, há alguns, como por exemplo os de motim e revolta, violência contra superior ou inferior, insubordinação, deserção, abandono de pôsto, que não se compadecem da autoria singular de civil, mas lhe admitem a co-autoria.

Entendemos como "autor" o que se contém no irrepreensível asserto doutrinário de Anibal Bruno: "Autor, diz-se, em princípio, é aquêle que realiza a ação típica. É o agente do fato principal, em volta do qual se podem desenvolver tôdas as formas de concurso. A sua posição subsiste, com as circunstâncias jurídico-penais, mesmo se com êle colabora ou cessa de colaborar a atividade de outrem."

Posto o Código vigente em confronto com o de 1944, verifica-se que houve, na elaboração do primeiro, a preocupação de uniformizar a linguagem, em relação à do Código Penal comum, bem como, em sentido geral, aperfeiçoar a redação de certos artigos e distribuir melhor a matéria.

Nossa intenção, entretanto, é apontar, de preferência, as principais modificações e inovações introduzidas no nôvo Código.

Deixamos, antes de tudo, assinalado, que, consoante diz a Exposição de Motivos que antecede êsse Código, as definições relativas aos crimes contra a segurança **externa** do País, não interferem na classificação constante da legislação especial de segurança. O Código sòmente configura delitos que, além de ferirem a segurança **externa**, têm a natureza de **crimes militares** típicos.

Como crimes autônomos ficaram compreendidas três figuras de tentativa:

"Tentar: **a)** submeter o território nacional, ou parte dêle, à soberania de país estrangeiro; **b)** desmembrar, por meio de movimento armado ou tumultos planejados, o território nacional, desde que o fato atente contra a segurança externa do Brasil ou a sua soberania; **c)** internacionalizar, por qualquer meio, região ou parte do território nacional."

É crime de autoria coletiva necessária, sujeitando os cabeças à pena de reclusão de quinze a trinta anos, e os demais agentes à de dez a vinte anos.

A definição dos crimes de motim e revolta, também de autoria coletiva necessária, foi inteiramente reformulada. Desapareceu a exigência do número de quatro ou mais militares ou assemelhados, para a caracterização do crime, que não tem mais explicação na época atual, em que dois militares podem apossar-se de uma aeronave para se insurgirem contra a ordem ou a disciplina militares, indo até à prática de violência. Aquela exigência já fôra, aliás, criticada por Sylvio Martins Teixeira, ao comentar o Código de 1944. Igualmente, além de prever novos casos configurativos de motim, desvinculou-o da necessidade de haver sempre uma ordem anterior descumprida pelo agente ou uma recusa de obediência a superior. O motim pode existir, não só nesses casos, como no simples assentimento em recusa conjunta de obediência contra superior, ou na ocupação, não só de quartel ou qualquer estabelecimento militar, como também de hangar, aeronave, navio, ou viatura militar, ou utilizando-os para fins militares. Ficou, desta forma, preenchida uma lacuna na legislação militar.

Nos crimes contra a pessoa, incluíram-se os de provocação, direta ou indireta, ao suicídio, o de genocídio, os de lesão corporal levíssima e o de participação em rixa. No penúltimo destes, concedeu-se ao juiz a faculdade de considerar a infração como disciplinar. Foram também configurados o crime contra a inviolabilidade do domicílio e os crimes contra a inviolabilidade de correspondência ou comunicação e contra a inviolabilidade dos segredos de caráter particular, sendo que, nestes dois últimos casos, só ocorrem quando cometidos por militar da ativa, ou assemelhado, contra outro militar nas mesmas condições, ou assemelhado. Cogitou-se, ainda, do ultraje público ao pudor, desde que em lugar sujeito à administração militar.

Dispondo a respeito dos crimes contra o patrimônio, são suscetíveis de menção as seguintes modificações:

No crime de furto, a admissão do "furto de uso" e a disposição explícita quanto à aplicabilidade ao furto qualificado da norma configurativa do "furto atenuado"; o mesmo acontecendo em relação ao estelionato e à receptação.

No crime de estelionato, adotou várias figuras contidas no Código Penal comum (como a disposição de coisa alheia como própria, a alienação ou oneração fraudulenta, a fraude na entrega de coisa, a fraude no pagamento de cheque), mas sendo considerados militares êsses crimes somente quando praticados por militar da ativa, ou assemelhado, contra militar nas mesmas condições, ou assemelhado, ou quando atingem o patrimônio ou a ordem administrativa militares.

No crime de dano, teve-se em consideração o "dano atenuado" (criminoso primário e coisa de valor não excedente a um décimo do salário-mínimo), ficando o juiz com a faculdade de considerar a infração como disciplinar. Admitiu-se, ainda, a modalidade culposa.

Foi previsto o crime de usura.

Versando os crimes contra a incolumidade pública, são tratados em Capítulos diferentes os crimes de perigo comum e os crimes contra os

meios de transporte e de comunicação, sendo aceitas novas figuras penais, entre elas a do abuso de radiação (dolosa ou culposa), a difusão de epizootia ou praga vegetal (dolosa ou culposa), a embriaguez ao volante, a violação de regulamento de trânsito, a fuga após acidente de trânsito, sempre que esses crimes atinjam, de qualquer modo, a administração militar. Nos crimes contra a saúde, são punidos, com severidade, o tráfico, posse, uso, fornecimento, produção ou transporte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, ou entre militares, ressalvados os casos de preceituação médica regular.

Nos crimes contra o dever funcional, dispondo a respeito da condescendência criminosa, é feita a distinção entre a indulgência (modalidade dolosa) e a negligência (modalidade culposa), na prática do ato, que não estava compreendida no Código anterior.

* * *

Como disse, de início, o propósito desta exposição, que é desprezenciosa e apenas procurou tornar mais íntimo o conhecimento do novo Código Penal Militar, foi tratar, especialmente, dos crimes militares em tempo de paz, pondo em relêvo, ao mesmo tempo, quer o sistema esposado por aquêlo Código, quer as inovações nêle introduzidas e as modificações que foram julgadas oportunas, para a sua atualização.

Houve, na sua feitura, a preocupação de torná-lo um corpo de preceitos legais de caráter permanente, deixando-se à legislação especial regular os crimes que atingem a segurança nacional e a ordem política e social, como, aliás, é de tradição no Brasil.

Não tememos afirmar que, em confronto com os Códigos do mesmo gênero, de outros países, o nosso é o mais liberal, e, doutrinariamente, o mais avançado que se conhece. Não há, aliás, nisto um fenômeno que se tenha manifestado com a recente codificação. Democrática tem sido, na República, desde o Código Penal da Armada, de 1890, aplicável depois ao Exército, a tendência da legislação penal militar brasileira. Demonstram-no, em constante ascendência, o Código da Justiça Militar, de 1938, e o Código Penal Militar, de 1944, não obstante a época em que foram promulgados. O novo Código Penal Militar não podia, portanto, deixar de seguir o mesmo rumo. Seu mérito não é, pois, principalmente, de ser liberal e democrático; segue, neste sentido, apenas uma tradição. Mas o de ter atualizado, em harmonia com a melhor doutrina, o que está consagrado no direito penal moderno, com a ressalva, tão-somente, das normas jurídicas peculiares e necessárias à ordem e à disciplina militares.

* * *

Agradeço, profundamente reconhecido, a presença dos magistrados, professores, membros do Ministério Público, advogados e estudantes, que me deram a honra de ouvir esta exposição, certo de que, por menores méritos que tenha tido, concorreu, de alguma forma, para que aqui nos reunissem numa comunhão para o culto do Direito e da Justiça.

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DO NÓVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

VIRGILIO LUIZ DONNICI

Professor de Direito Penal e Diretor do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes — 1.º-Secretário da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado da Guanabara.

SUMÁRIO: I — Introdução. II — Evolução histórica do Direito Penal: **a)** Direito Penal Oriental; **b)** Direito Penal Grego; **c)** Direito Penal Romano; **d)** O Cristianismo e o Direito Penal; **e)** Direito Penal Germânico; **f)** Direito Penal da Idade Média. Direito Penal Canônico. III — Escolas Penais: **a)** A Escola Clássica; **b)** A Escola Positiva; **c)** Outras Escolas Penais; **d)** Escola de Política Criminal; **e)** Escola Técnico-Jurídica; **f)** Outras Escolas. IV — O estudo da pena e seus fundamentos. V — A moderna problemática do Direito Penal. VI — O Direito Penal no Brasil. VII — A figura de Roberto Lyra. VIII — A Criminologia no Brasil e no mundo: **a)** O ensino da Criminologia no estrangeiro; **b)** A Criminologia como ciência independente e como profissão. IX — Métodos e técnicas criminológicas. X — A classificação dos criminosos no Nôvo Código. XI — Conclusão.

I — INTRODUÇÃO

Quando a Ordem dos Advogados do Brasil — Seção da Guanabara — iniciou este Simpósio de Conferências e Debates sobre os novos Código Penal, Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, assumiu uma posição histórica no Brasil: a de fortalecimento da sua instituição, como órgão de seleção, disciplina e defesa da classe e parte integrante, com os juizes e o Ministério Público, na administração da Justiça.

Outra posição histórica assumida neste Simpósio é a de mostrar ao Brasil e ao mundo a transformação social que irá ocorrer como consequência dos novos Códigos Penais, o Civil e o Militar. Somos um país sem tradições nos estudos das Ciências Penais, sem espírito de grupos científicos, estudando-se de maneira individual, e por conseguinte não se criando orientações científicas. Observa-se no Brasil uma ausência total de debates, de polêmicas construtivas e mesmo de estudos sobre matéria penal ou criminológica. É verdade que muitas vezes a condição trepidante da vida moderna impede a procura de uma cultura para uma universalidade de espírito. Daí a razão deste Simpósio, desta concentração, desta aglutinação e deste intercâmbio entre os homens que trabalham no campo das Ciências Penais.

Este permanente contato durante este Simpósio, esta coordenação de esforços, de trabalhos e de pesquisas terá que dar resultados, para que nos auxiliemos mutuamente no campo das ciências penais, para que abandonemos este sistema dos juristas penais brasileiros, de viver em ilhas, fazendo da cultura um compartimento estanque e impermeável. Daí a razão deste Simpósio, com a idéia de mostrar a nova filosofia das leis penais brasileiras, e, para que isso ocorra, é necessário que conheçamos a nossa história no campo das Ciências Penais e a história das Ciências Penais no mundo.

Inicialmente, cabe uma explicação sobre o título da conferência que vou pronunciar: "Aspectos criminológicos do Novo Código Penal Brasileiro".

No Brasil quando se fala em Criminologia, os tecnicistas jurídicos, na sua maioria retributivistas, sorriem delicadamente e vêm logo com as restrições usuais, características dos sistemas punitivos e repressivos, quando ela é uma realidade cada vez mais presente no mundo, surgida com Lombroso, Ferri e Garófalo e com a liderança de Von Lizst na União Internacional de Direito Penal em 1880.

O estudo das ciências sociais, após a Segunda Grande Guerra, especialmente no Brasil, ainda repousando em arcaicas estruturas administrativas, teria que trazer uma contestação aos adeptos dos sistemas legais e institucionais, baseados em conceitos punitivos. Quando se fala em etiologia do crime, quando se fala de uma ciência nova para estudar cientificamente o fenômeno criminal, surgem os protestos dos tecnicistas, contrastando com o extraordinário progresso criminológico que se verifica no mundo inteiro. No entanto, a opinião pública mundial vem percebendo as vantagens da reabilitação social para os condenados, sentindo que ela custa muito menos que os castigos nas prisões. Este interesse da opinião pública é o reflexo do trabalho pioneiro de alguns professores e especialistas, nas Faculdades de Direito e de Medicina, tanto no mundo como no Brasil.

O estreito laço entre a definição do objeto da criminologia e o contexto social faz-se extremamente difícil em termos brasileiros e internacional, sabido que a criminologia tem uma relativa juventude. Daí a necessidade do estudo histórico e doutri-

nário das Ciências Penais para um entendimento do que é e do que se pretende com a Criminologia no mundo moderno e no Brasil.

II — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

É difícil fazer-se uma exposição histórica do crime através do tempo, pois teremos que começar com as formas primitivas de pensar, desde a produção de forças anímicas das quais o indivíduo era o executor, passando pelos clãs, tribos, com os seus tabus e proibições, bem como as sanções dotadas de caráter expiatório, religioso e fatal, muitas vezes saindo-se do caráter individual para atingir toda uma coletividade. Teríamos que estudar a vingança, a pena de talião, o destêrro, a "compositio". Daí a razão de Anibal Bruno quando afirma que "a história do Direito Penal tem grande valor ilustrativo, pois é a evolução do Direito Penal no decorrer dos séculos, tanto no aspecto cultural, como no político e humano, um grande processo de transformação" (1). Para os interessados, leia-se Fausto Costa ("Delitto e pena nella storia del pensiero umano" — Torino — Bocca — 1928).

a) Direito Penal Oriental

Tinha caráter teocrático, devendo-se estudar o Código Hamurabi onde a tônica era a pena de talião, passando-se pelas leis mosaicas e o Código Manu.

b) Direito Penal Grego

Para a história do Direito Penal, a antiga Grécia nada trouxe, exceto PLATÃO e ARISTÓTELES, extraordinários filósofos da época, 400 a. C.

PLATÃO

A filosofia platônica tem um fim moral: resolver o problema da vida.

PLATÃO dizia que o mundo é constituído pelas idéias eternas, personificadas, universais, ordenadas em hierarquias estando no vértice a idéia do bem. Todo ser tem alma e o mundo é constituído de uma síntese entre matéria e idéias, em que o corpo é submetido à alma pelas quatro virtudes naturais: sabedoria, temperança, fortaleza e justiça. PLATÃO acreditava na reencarnação da alma.

PLATÃO, no seu livro "República", traça o estado ideal, baseado na natureza humana, com as três classes: a dos filósofos para o govêrno, a dos soldados para a defesa e a dos produtores para a conservação. Acima de tudo, estava o estado com a finalidade suprema de providenciar o bem coletivo, mediante educação espiritual e intelectual reservada às classes superiores.

PLATÃO foi contra a pena-vingança, fôsse privada ou divina, para dotá-la de um propósito utilitário, de reforma e de cura, semelhante aos medicamentos. Foi precursor de correccionalismo (pena como correção). O vício e o crime eram considerados como enfermidades da alma.

PLATÃO foi o positivista da antiguidade. Diz MARC ANCEL que PLATÃO foi um dos primeiros a compreender a noção de prevenção e advertir a idéia de que o fim da pena deveria consistir, não em vingar a injustiça passada, mas preservar o porvir e evitar outros crimes tanto da parte daquele que sofre o castigo como dos

1) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 53

que assistem ao castigo inflingido (veja-se "Protágoras" e "Górgias"). PLATÃO, no seu livro "As Leis", apresenta modos de tratamento para os criminosos incorrigíveis, lançando os germes da reeducação e emenda do culpado (2).

ARISTÓTELES

Nasceu em Estagira e tem trabalhos sôbre lógica, física, metafísica, moral e política, bem como retórica e poesia.

Para ARISTÓTELES, a filosofia é a ciência que resolve o problema do ser, estudando a forma das coisas, dedutivamente e mediante o silogismo (raciocínio pelo exame de duas condições que resulta uma terceira). ARISTÓTELES era partidário do conhecimento racional, tirado da experiência, mediante a evidência, e, para êle, o homem tem corpo e alma, cuja característica fundamental é o racionalismo (razão).

Considera o Estado superior ao indivíduo, defendendo a necessidade da escravidão, distinguindo três formas de govêrno: a monarquia, a aristocracia e a democracia.

Acreditava na existência de Deus, que no entanto não cria, nem governa o mundo.

Entendia ARISTÓTELES que as responsabilidades penais originavam-se das morais. É o princípio do livre arbítrio humano, é o entender da Escola Clássica Penal Racionalista. Entendia que o mal e o crime eram produtos do querer livre e racional do homem e a pena devia surgir como retribuição do mal pelo mal (retribucionismo).

c) Direito Penal Romano

Os romanos foram gigantes no Direito Privado e pequenos no Direito Criminal. Bem cêdo, libertaram o Direito Penal do Social. O Direito Penal romano era cruel, havendo penas infamantes, trabalhos forçados e apresentando as seguintes fases históricas:

- a) Expição de natureza tabu, com o caráter sacral da pena;
- b) Direito do "pater", de vida e morte;
- c) Pena de talião e "compositio" — Lei das 12 Tábuas;
- d) "Crimine publica" — "peranellio" (fato contra a existência e a segurança da cidade) e "parricidium" (morte do pater);
- e) "Furtum manifestum" — ladrão dentro de casa à noite.

Diversas figuras penais daquela época ainda são encontradas no Direito Penal moderno ("homicidium", "crimem vis" "falsum", "peculatus", etc.), dominando a concepção que dá ao crime e à pena o caráter público, isto é, o crime considerado como atentado à ordem jurídica.

d) O Cristianismo e o Direito Penal

A característica principal foi o valor decisivo dado à vida humana. Suas principais figuras na evolução do Direito Penal foram SANTO AGOSTINHO e SANTO TOMAZ DE AQUINO.

SANTO AGOSTINHO (354-430) com o livro "Cidade de Deus", apresenta em seu platonismo cristão, uma visão da história humana tendo como centro a figura de JESUS.

2) Marc Ancel — "La Défense Sociale Nouvelle" — pág. 34

3) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 68

SANTO AGOSTINHO teve, na mocidade, uma vida dissoluta, mas após a sua conversão ao cristianismo, escreveu vários diálogos filosóficos e muitas obras teológicas, com a preocupação sobre o problema do mal, mostrando que a vontade livre tem supremacia sobre o intelecto.

O valor dado pelo cristianismo à vida humana está bem claro em SANTO AGOSTINHO quando diz nas suas "Epístolas" que "na justiça não se deve esquecer a misericórdia" e de que "ao se odiar o delito não se deve esquecer que o delinquente é homem", numa antecipação da grande criminóloga espanhola que foi CONCEPCION ARENAL e também numa antecipação ao que ROBERTO LYRA afirma, quando diz que não há crimes nem criminosos, mas homens e mulheres que cometem crimes.

Na "Cidade de Deus", SANTO AGOSTINHO acompanha PLATÃO na idéia da pena como correção e emenda, porém a mais importante contribuição ao Direito Penal, à Moral e ao Direito é quando afirma que "a lei humana não se propõe castigar mais do que seja preciso e na medida do que seja preciso, a fim de manter a paz entre os homens e somente naquelas coisas que estão ao alcance dos homens."

Surge, mais tarde, SANTO TOMAZ DE AQUINO, italiano (1225—1274), considerado o Aristóteles do pensamento cristão, como a principal figura da escolástica, com o livro "Suma Teológica".

SANTO TOMAZ DE AQUINO, ao contrário de SANTO AGOSTINHO (voluntarismo sobre o intelecto), entende que há primazia do intelecto sobre a vontade. O tomismo é uma afirmação absoluta da racionalidade, harmonizando razão e fé, com a preponderância do conhecimento sobre a ação.

Para Santo Tomaz de Aquino o homem está em função do livre arbítrio.

Para a integridade do ato moral, para a moral, existem dois elementos: a lei e a intenção de agir de conformidade com a lei.

A SANTO TOMAZ DE AQUINO deve a filosofia penal clássica alguns de seus conceitos fundamentais, como o da racionalidade da lei ("ordinatio rationis"), a preferência da legalidade ao arbítrio judicial e aplicação da pena como consequência do dano causado por uma vontade maliciosa e livre.

e) Direito Penal Germânico

Ao contrário do direito penal romano e canônico que davam relevância ao elemento subjetivo do crime, no direito Germânico o que importava era o dano causado e não o que causou, daí a não-punibilidade da tentativa. Havia a vingança de sangue, bem como a extensão para a família do transgressor, havendo a perda de paz e a "compositio".

f) Direito Penal da Idade Média. Direito Penal Canônico.

No Estado em que foi reconhecida oficialmente a religião cristã, o Direito Penal Canônico foi admitido como Direito Penal, particular e complementar, aplicável mediante o braço secular, aos súditos que incorressem nos crimes por aquele Direito previsto (4).

A repressão era exercida em nome de Deus, distinguindo o crime do pecado, tendo o Direito Penal Canônico a sua mais forte influência no processo, com o princípio inquisitório.

4) Galdino Siqueira — "Tratado de Direito Penal" — ed. 1947 — pág. 46

O Direito Penal da Idade Média teve a influência do Direito Romano, sobressaindo-se a dos glosadores e dos post-glosadores com Gandinus, Arectinus e no Século XVI Julius Clarus, Farinacius e Covarrubias. Após êste período, o maior relêvo é na Alemanha com a Constituição de Carlos V e a obra de Carpvov.

Pelo estudo da função repressiva através da História, verifica-se que o Direito Penal teve diversos períodos, tais como a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário (5), não se podendo negar que realmente nada revela melhor a crueldade dos homens do que a história das penas, mais do que a dos crimes (6).

Com Cesar Beccaria em 1764, iniciou-se o período humanitário, da humanização da pena, e, com John Howard, a humanização carcerária. Daí para cá, surgiram as escolas penais, a filosofia penal liberal, o positivismo penal e a criminologia.

III — ESCOLAS PENAIS

Estudada a evolução histórica do Direito Penal, vemos surgir agora antes do Iluminismo a figura de GRÓCIO, com o seu livro "De Jure Belli ac Pacis", onde constrói a primeira teoria do Direito Penal derivado da razão, definindo a pena como "malum passionis quod infligitur propter malum actionis", ou seja, o mal justo com que se responde ao mal praticado pelo criminoso. É o conceito da retribuição.

O Iluminismo vem com MONTESQUIEU, VOLTAIRE e ROUSSEAU, cuja melhor afirmação foi BECCARIA, com o seu extraordinário pequeno livro intitulado "Dos Delitos e das Penas".

MONTESQUIEU ("Do Espírito das Leis"), em 1748, focaliza as leis penais em relação ao ambiente histórico, afirmando que a pena deverá servir para educar.

ROUSSEAU, com o seu "Contrato Social", ensina que o direito individual, no contratualismo, é despojado do direito pessoal de defesa em favor do Estado, que o exerce em nome da coletividade.

BECCARIA constrói com o seu livro a mais severa crítica ao Direito Penal da época, apresentando idéias para a reforma total do Direito.

A MONTESQUIEU, ROUSSEAU e VOLTAIRE é em verdade comum o pensamento de reação contra as concepções retributivas: esta é uma necessidade que cumpre limitar ao mínimo. Todas as doutrinas utilitárias sobre os fins das penas, que BECCARIA tanto acentua, têm aqui a sua mais forte afirmação (7).

Com o Iluminismo, nasce uma forte reação contra as penas, que naquela época eram corporais, de caráter infamante, surgindo então as chamadas penas de prisão, com a figura do inglês John Howard, que dedicou toda a sua vida (1720—1796) a estudar as condições dos cárceres, e daí o seu livro "State of Prisons in England and Wales" (1777).

Vieram depois em Filadélfia, no que se refere à execução das penas, o "Solitary System", em 1775, consistindo no isolamento completo do prêso e logo após o "Separate System", com a criação das primeiras penitenciárias na América, desenvolvendo-se os sistemas filadélfico e auburniano (estabelecimento de Auburn), ambos regimes

5) Cuello Callon — "Derecho Penal" — Vol. I — pág. 50 — ed. 1947

6) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. III — pág. 22

7) Eduardo Corrêa — "Direito Criminal" — Vol. I — pág. 84 — ed. 1963

celulares, com trabalho para os sentenciados, sistemas que exerceram grande influência na Europa. Mais tarde surgiu o sistema progressivo, dando maior responsabilidade ao prêso, com a figura do irlandês CROFTON, vindo depois os reformatórios, ainda nos Estados Unidos, como o de Elmira, inspirado no sistema progressivo.

a) A Escola Clássica

Teve ela dois períodos: o primeiro, político, sob a égide de BECCARIA, e o segundo, prático, com CARRARA.

As características da Escola Clássica são as seguintes:

- 1.º) método especulativo, racionalista, lógico-abstrato, dedutivo;
- 2.º) sistema dogmático baseado sobre conceitos racionalistas;
- 3.º) imputabilidade baseada no livre arbítrio e na culpabilidade moral;
- 4.º) o delito como ente jurídico;
- 5.º) pena como um mal e como um meio de tutela jurídica.

No campo filosófico a Escola Clássica é partidária do livre arbítrio e os delitos são explicados pela vontade livre dos homens, porque eles têm liberdade moral. A tese livre-arbitrista diz que temos consciência da liberdade das nossas ações e que tal consciência prova a liberdade moral. O livre arbítrio, essência da responsabilidade moral é a base da responsabilidade penal. A imputabilidade é moral, advindo da vontade livre do homem. No livre arbítrio, o homem é dono da sua própria conduta.

O movimento chamado Escola Clássica ocorreu simultaneamente na Itália e na Alemanha, seguido de perto pela França.

Os representantes do classicismo italiano foram FILANGIERI (1752-1788), CARMIGNANI (1768-1847) e CARRARA (1805-1888).

Tanto CARMIGNANI como CARRARA eram professôres de Direito Penal, sendo que CARRARA, de sentido marcadamente tomista (SÃO TOMAZ DE AQUINO). O sucessor do mestre CARRARA na hierarquia suprema do classicismo italiano foi HENRIQUE PESSINA.

Poucas vêzes na história do Direito Penal se encontra um sistema de tão harmoniosa genialidade como o que traduzem as páginas, sempre profundas de CARRARA. Em suas mãos, o direito punitivo adquire a dignidade de uma disciplina coerente, de um conjunto de princípios firmemente discriminados, nos quais a força interior logra imprimir certos rasgos de beleza de expressão um pouco grandiloqüente (*).

Para CARRARA a ordem social não se apoia sobre a concepção contratualista de ROUSSEAU, partindo êle do dogma divino da Criação, da existência de um ser eterno e infinito, estando a ordem social sob a direção de uma lei suprema, que tem quatro manifestações: a lei lógica, a física, a moral e a jurídica.

Para CARRARA, delito é a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.

Ao dizer CARRARA, que o delito é um ente jurídico, queria significar que o mesmo constitui a violação do direito de alguém.

8) Soler — "Derecho Penal Argentino" — Vol. II — pág. 336

Partindo, portanto, do princípio de que o delito é um ente jurídico, CARRARA deduz o fundamento e o objetivo do Direito Penal, que repousando na idéia de justiça, se destina à tutela jurídica da sociedade, isto é, à proteção dos direitos ⁽⁹⁾.

Paralelamente ao classicismo italiano, vem o alemão, ainda que não tivesse tal nome, filho também do Iluminismo, embora sob o imperativo moral de KANT. A grande figura foi FEUERBACH (1775-1833), dogmático, autor da tese sobre a prevenção geral sob coação psicológica no tocante à função da pena assentando o Direito Penal no marco do legalismo, com a formulação do extraordinário dogma "nullum crimem, nulla poena sine lege". Seu continuador foi MITTERMAYER, fundador de uma insigne estirpe de juristas, que levariam a cabo um Código Penal unitário para a Alemanha. Surgiram, então, BIRKMEYER, VON LISZT, MAX ERNEST MAYER e BELLING.

Quanto à França, na sua primeira geração do classicismo, estão PELEGRINO ROSSI, TISSOT e ORTOLAN, sendo que este acompanhando as idéias de BENTHAN (doutrina utilitária no Direito Penal).

Como contestação ao pensamento retributivo da Escola Clássica, surgiu a Escola Correccionalista de ROEDER, que sustentou uma extraordinária polémica com CARRARA. Foi ROEDER quem lançou o germe da sentença indeterminada, influenciando sobremaneira a PEDRO DORADO MONTERO, extraordinário autor do "Derecho Protetor de los Criminalles".

b) Escola Positiva

Por que teria aparecido a Escola Positiva? Era o próprio espírito da época, com o determinismo, com as ciências sociais e os métodos naturalísticos, buscando na experimentação todo o material de trabalho.

Contra os adeptos do livre arbítrio, sob o aspecto filosófico, chamados indeterministas, surgiram os deterministas, sustentando que o homem não pode constituir uma exceção da trama universal da causalidade, sujeito a enormes e constantes fatores e considerando que esse múltiplo conjunto de fatores produz uma causalidade psíquica constituída pelo jôgo das motivações (motivos).

Esta controvérsia entre os livre-arbitristas e os deterministas é histórica através dos séculos e no Direito Penal foi mais acentuada com CESAR LOMBROSO, médico, apresentando seu livro "O Homem delinqüente" que alterou o rumo dos estudos penais.

O mérito dos positivistas foi estudar o crime e os criminosos dentro de um campo científico, experimental; eis que até então eram focalizados como entes jurídicos.

Qual o mérito de LOMBROSO? Qual a sua genialidade? "Foi demonstrar a necessidade de estudar a personalidade do delinqüente para surpreender a origem biológica do delito" ⁽¹⁰⁾.

E pensar-se que tôda a teoria de LOMBROSO se originou ao fazer a autópsia no criminoso VILELA, quando descobriu na base do crânio daquele, a fosseta occipital média, surgindo então as suas quatro hipóteses sobre o delinqüente: a) o criminoso propriamente dito é nato; b) é idêntico ao louco moral; c) apresenta base epilética; d) constitui por um conjunto de anomalias, tipo especial, o chamado tipo lombrosiano.

9) Basileu Garcia — "Instituições de Dir. Penal" — Vol. I — pág. 90

10) Roberto Lyra — "Novíssimas Escolas Penais" — pág. 69

Daí dizer VON HAMEL: "BECCARIA nos dias de arbítrio disse ao homem: conhece a Justiça; e LOMBROSO, na época das fórmulas clássicas do Direito Penal, disse à Justiça: conhece o homem".

Para LOMBROSO, a explicação do crime e da criminalidade era justamente uma explicação antropológica. Haveria um certo tipo de homem, com certas e determinadas características corporais e anímicas, uma peculiar "species generi humani", o delinqüente nato, que necessariamente seria levado ao crime. A origem de tal tipo de homem reconduzia a êle as razões do atavismo, que fazem retroceder certos indivíduos aos primeiros períodos da humanidade com os seus instintos primitivos selvagens, ao infantilismo que obstava ao desenvolvimento mental e efetivo e deixava os homens com o espírito de criança ou a certas naturezas epiléticas (11).

Com os estudos de LOMBROSO, passou-se a estudar o criminoso, a sua personalidade, e, com isso, abrindo-se os horizontes da biologia em benefício do próprio criminoso e da ordem social. Com LOMBROSO, foi iniciada a Criminologia. Leia-se THEODOLINDO CASTIGLIONE — "LOMBROSO perante a Criminologia Contemporânea".

O termo Escola Positiva veio naquela oportunidade, com FERRI, advogado, polemista, discípulo de ARDIGÓ, e, era a época da Escola Positiva de AUGUSTO COMTE. A escola foi chamada positiva não porque aceitasse o sistema filosófico de COMTE, mas pelo seu método. A escola sofreu a influência de DARWIN, SPENCER e HAECHEL, com as novas concepções da natureza, do homem, ou seja, a doutrina da evolução.

O positivismo penal via no delito uma realidade biológico-social, constituída de fatores antropológicos e materiais sôbre a humana liberdade, ao passo que os postulados da Escola Clássica fundavam-se no livre arbítrio e no delito como ente jurídico, dando especial importância ao delito, ao contrário da Escola Positiva, cujo principal postulado foi o criminoso, o homem.

Daí a extraordinária atuação de LOMBROSO, chamando a atenção para a correlação entre os fatos morais e os fatos físicos, procurando classificar os criminosos e descobrir dentro da própria natureza humana a causa dos delitos.

Em resumo, segundo a concepção antropológica criminal do delito, fundamentada por CESAR LOMBROSO (1835-1909), o delinqüente verdadeiro, nato (*homo delinquens*), é uma peculiar espécie humana, cognoscível em virtude de determinadas características corporais e anímicas, uma peculiar "species generis humani". LOMBROSO teve como precursores na antiguidade, a PLATÃO e HIPÓCRATES e a sua atuação trouxe uma transformação extraordinária no estudo do Direito Penal, mostrando que o fato criminoso tão-somente era insuficiente no combate à criminalidade e que havia necessidade de se conhecer o homem.

Evidentemente, como não podia deixar de acontecer com esta teoria revolucionária, inúmeros e variados foram os seus opositores, na Itália e na Alemanha (BAER, médico alemão de prisões em 1893), SOMMER e VON ROHDEN com a psicopatologia. O Padre AGOSTINHO GEMELI, na Itália, foi um tremendo opositor de LOMBROSO, de tal maneira que em 1911, chegou a publicar um livro intitulado "Cesare Lombroso I Funerali di un Uomo e di sua Dottrina".

Antes de LOMBROSO, a preocupação dominante sôbre o crime e o criminoso era tão-somente a lei. Após LOMBROSO passou-se a estudar a personalidade do criminoso,

11) Eduardo Corrêa — "Direito Criminal" — Vol. I — pág. 60

abrindo-se os horizontes da biologia em benefício do próprio criminoso e da ordem social.

Mas a grande figura da Escola Positiva foi ENRIQUE FERRI com seus livros "Sociologia Criminal" e "Princípios do Direito Criminal", além de outros trabalhos, inaugurando a fase sociológica da Escola. Com FERRI os estudos do crime e do criminoso, passaram do plano antropológico para o plano sociológico, ou seja, dos fatos endógenos para os fatos exógenos da criminalidade. FERRI desenvolveu a mesma tese de LOMBROSO, negando o arbítrio e o fundamento moral da responsabilidade, para reconstitui-la como responsabilidade social, sob a argumentação de que os homens vivem em sociedade, e, por conseguinte, o crime provém dos fatores biológicos físicos e sociais.

Tem a Escola Positiva como postulados básicos os seguintes fundamentos: a) método experimental, positivo, indutivo; b) responsabilidade social derivada do determinismo; c) perigosidade ou periculosidade do delinqüente; d) o crime como fenômeno natural e social produzido pelo homem; e) a pena não como castigo, mas como meio de defesa social; f) negação do livre arbítrio ou liberdade moral.

Como se vê, a característica principal da Escola Positiva foi realçar a personalidade do réu, procurando uma causa social para o crime.

Na Escola Positiva com LOMBROSO e FERRI, o primeiro na parte antropológica e o segundo na parte social, faltava um conteúdo jurídico e daí GARÓFALO com seu livro "Criminologia", dividido em três partes: o delito, o delinqüente e a repressão penal. GARÓFALO trouxe o que êle chamou de crime natural, que "é a ofensa feita à parte do senso moral formada pelos sentimentos altruístas de piedade e probidade".

Diz MAGALHÃES NORONHA, analisando a obra de GARÓFALO, que o delinqüente é portador de anomalia moral, criando critérios positivos de punibilidade. GARÓFALO, estabelecendo a temibilidade como "a perversidade constante e ativa do criminoso e a quantidade do mal que dêle se deve temer", criou o fundamento da responsabilidade e o critério da pena, através do que êle chamou de "critérios positivos de punibilidade" (12). Dêste conceito, surgiu a periculosidade ou perigosidade do delinqüente, assunto dos mais importantes no Direito Penal Moderno.

Uma das mais importantes conseqüências da Escola Positiva, foi a classificação dos criminosos, sobressaindo até hoje, a de FERRI, em cinco tipos: o criminoso louco, o nato, o habitual, o passional e o ocasional. FERRI produziu um extraordinário livro com muitas tintas literárias, mas, até hoje, de extraordinária aceitação: "Criminosos na Arte e na Literatura", onde examina os diversos tipos de criminosos na literatura moderna mundial, dentro de sua classificação. Assim é que estuda os três famosos criminosos de SHAKESPEARE: MACHBETH (epilético) como criminoso nato, HAMLET (intelectual) como criminoso louco e OTELO, como criminoso passional, além de estudar os personagens de ZOLA nos livros "Tereza Raquin", "Germinal" e "Besta Humana" e de DOSTOIEWSKY em "Crime e Castigo" e "Recordação da Casa dos Mortos".

Com a Escola Positiva, surgiu a Criminologia e hoje os criminosos são estudados sob os mais variados ângulos, procurando-se uma explicação para o crime. Daí o extraordinário livro de MEZGER intitulado "Criminologia", onde estuda o criminoso em cinco aspectos: 1.º pela teoria lombrosiana, (antropologia criminal do criminoso nato); 2.º pela concepção psicopatológica do delito, considerando o delito como enfermidade;

12) Magalhães Noronha — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 44

3.º) pela concepção psicanalítica e individual, psicológica; 4.º) pela concepção biológica; 5.º) pela concepção sociológica.

c) **Outras Escolas Penais**

Na Itália surgiu a chamada *Escola do Positivismo Crítico* ou *Terceira Escola*, com ALIMENA e CARNEVALE, e na mesma época na França uma ramificação das Escolas Clássica e Positiva com GARRAUD e GABRIEL TARDE (tem um livro interessante em português: "A Criminalidade Comparada", com prefácio de ROBERTO LYRA), onde estuda a criminalidade dentro das teses de identidade pessoal e semelhança social (imitação).

d) **Escola de Política Criminal**

Surgiu também a *Escola de Política Criminal*, tendo como vultos principais VON LISZT, VON HAMMEL, ADOLFO PRINS e CARLOS STOOS, cujos postulados foram: a) método experimental nas ciências penais e lógico-jurídico no Direito Penal; b) culpabilidade e estado perigoso; c) crime como fenômeno natural e como ente jurídico; d) pena de fim e medida de segurança.

A Escola de Política Criminal teve extraordinárias influências no Direito Penal da época, pois aceitando os postulados das Escolas Clássica e Positiva, lançou o instituto das medidas de segurança, que aparecem nos projetos suíços e nos códigos penais modernos, entre os quais o nosso Código de 1940, com a preocupação máxima de providências práticas em benefício da repressão e da prevenção dos crimes. Dessa escola surgiu em 1880 a União Internacional de Direito Penal, que, com as suas extraordinárias publicações, até 1914, quando findou, trouxe enorme contribuição para o Direito Penal.

A figura máxima foi VON LISZT, cujo "Tratado de Direito Penal" foi traduzido para o Português com prefácio de JOSÉ HIGINO, onde livro e prefácio demonstram a extraordinária vitalidade do autor, como penalista e sociólogo criminal.

Outra extraordinária realização da Escola de Política Criminal é o sistema de tratamento dos menores delinquentes, além do estudo da perigosidade ou periculosidade, tornando claro que o Direito Penal construído sobre o fato era insuficiente para a luta contra a criminalidade, o que deve inicialmente à Escola Positiva.

VON LISZT, fundador da *Escola Moderna Alemã*, viu nas medidas de segurança a necessidade de atender à periculosidade dos delinquentes imputáveis especialmente perigosos ou à periculosidade dos não imputáveis, que, é o quadro moderno do Direito Penal.

A União Internacional de Direito Penal (Union International de Droit Penal), fundada em 1880, por LISZT, PRINS e VON HAMMEL, terminada em 1914, ressurgiu em 1927, sob o nome "Association International de Droit Penal", cujo órgão é a "Revue International de Droit Penal", hoje sob a direção de PIERRE BOUZAT, MARC ANCEL e JEAN PINATEL.

e) **Escola Técnico-Jurídica.**

Nasceu na Itália, como reação ao Positivismo Penal. Seu criador foi MANZINI, seguido de ROCCO, com o seu livro "L'oggetto del Reato".

ROCCO considera imprescindível a concepção determinista do querer para todo o Direito Penal, afirmando a existência psicológica do querer e por conseguinte a responsabilidade psicológica.

O essencial do tecnicismo jurídico é o método, que é o estudo das relações jurídicas sêcas, com o seu conteúdo, em função do direito positivo e do direito escrito, com a negação da investigação filosófica, estudando-se, em suma, o que está cristalizado nos códigos e nas leis.

Não se deve confundir **tecnicismo jurídico com dogmática penal**, pois esta é ciência do Direito Penal, normativa, valorativa, finalista, ocupando-se da lei penal, do delito, do delinqüente e da sanção. Esta diferenciação é necessária. A Escola Técnico-Jurídica apresenta um deslinde de campos; o Direito Penal vigente com seu conteúdo dogmático e seu método jurídico, separado da criminologia, ciência causal explicativa e naturalista, com método experimental e sociológico. (13)

f) Outras Escolas.

Existem os adeptos do neoclassicismo, com LUCHINI, STOPPATO e BATTAGLINI, a Escola Penal Humanista de Vicente Lanza, que subordina o Direito Penal à moral e o pragmatismo da escola de QUINTILIANO SALDAÑA, com o Direito Penal de Orientação pragmática, derivado do positivismo, na qual procura libertar o Direito Penal de todo o dogmatismo, baseando a Política Criminal nos dados da experiência.

IV — O ESTUDO DA PENA E SEUS FUNDAMENTOS

"Há um problema substancial no Direito Punitivo, que é o referente ao seu fundamento jurídico e ao fim da pena." (14).

No Estudo das Escolas penais é que vamos encontrar várias teorias sôbre as penas e na investigação acêrca dos fundamentos e dos fins da pena; as opiniões são as mais díspares, havendo autores (ASUA, VON LISZT, FLORIAN, FERRI) que a colocam antes do estudo da norma penal, e outros no capítulo das penas (SOLER, BINDING, MEZGER, MAGGIORE).

De qualquer maneira não podemos estudar Direito Penal, sem nos situarmos nos fundamentos do direito de punir, nas condições de seu exercício, nos requisitos da responsabilidade penal, nos tipos e nas medidas da pena.

As teorias sôbre a pena estão divididas em **absolutas, relativas e mistas**, classificação feita tão-sômente para agrupar pensadores que não constituíram escola, no dizer de SOLER.

(— 1 — "Punitur quia peccatum est" — pune-se porque pecou.

(— 2 — "Punitur ut peccetur" — pune-se para que não peque.

(— 3 — "Punitur quia peccatum est et ne peccetur" — pune-se porque pecou e para que não peque.

São chamadas também teorias da retribuição ou da reparação e estão contidas no "punitur quia peccatum est" (pune-se porque pecou). BINDING sôbre as teorias absolutas divide-as em dois grupos: a) o delito pode ser reparado e a pena é o único meio da reparação; b) o delito é um mal definitivo e irreparável, surgindo a pena como forma de retribuição (BINDING — Grundriss — pág. 385).

13) Asua — "Tratado de Derecho Penal" — Vol. I

14) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 78

A pena, nas teorias absolutas, é instrumento da expiação do crime, podendo ser como *teoria retribucionista*, uma violação da ordem religiosa, moral, jurídica. "*Malum passionis quod infligitur ob malum actiones*" — a pena como sofrimento aos que delinqüem ou como *contragolpe do crime*.

TEORIA DA REPARAÇÃO OU RETRIBUIÇÃO

a) Teoria da Reparação.

Tem como representante KOHLER, para quem o fundamento da pena descansa na *fôrça da expiação e purificação pela dor*. Também chamada da teoria da retribuição expiatória, é precursora do nacional-socialismo.

b) Teoria da Retribuição Divina.

É a doutrina do STAHL e o crime é uma *infração do preceito divino*, onde o Estado não é criação humana, mas exercida por delegação divina.

c) Teoria da Retribuição Total.

Esta teoria considera o delito como violação da ordem moral e a pena como compensação moral (KANT, MAMIANI, MANCINI). É esse um conceito puro e absolutamente moral. ("*Comentários ao Código Penal*" — Ed. Revista Forense — vol. II — ROBERTO LYRA — pág. 26 — 1942).

EMANUEL KANT (1724-1804) foi o chamado filósofo de KONIGSBER homem metódico e de extraordinária disciplina. Segundo DEL VECCHIO, ("*Lições de Filosofia do Direito*" — Ed. Armênio Amado — Coimbra — Vol. I, pág. 164), KANT é sem dúvida o grande filósofo da nossa idade, e, talvez, de todos os tempos.

Enquanto ROUSSEAU realizou uma grande tarefa na parte política, KANT realizou tarefa equivalente na parte especulativa.

Suas obras fundamentais são: "*Crítica da Razão Pura*" (1785); "*Crítica da Razão Prática*" (1785); "*Sobre a Paz Perpétua*" (1795); "*Crítica do Juízo*" (1790); "*Princípios metafísicos da Doutrina do Direito*" (1797).

KANT não foi um penalista, mas tão-somente um filósofo, preconizando a doutrina da justiça absoluta, que exclui na pena toda a idéia utilitária. Para KANT, o delinqüente deve ser punido porque mereceu, considerando êle uma íntima ligação entre a lei penal e o princípio ético. KANT era a favor do princípio da lei de talião, pois não separava o Direito da Moral.

A lei penal para KANT é um imperativo categórico (o homem é livre porque deve, não deve porque seja livre). Diz êle:

"A lei penal é um imperativo categórico e desgraçado o que se arrasta pelo tortuoso caminho do endemonismo (sistema moral fundado sobre a utilidade), em busca de algo que, pela vantagem que prometa, desligue o culpado, no todo ou em parte, da pena, conforme o farisaico princípio coletivo; é melhor que morra um homem que todo o povo. Quando perece a justiça, não tem sentido que vivam os homens sobre a terra."

KANT teve, como bases de sua obra, a liberdade e a moralidade, afirmando êle "que duas coisas me encham de nôvo a alma de admiração e reverência: o céu

estrelado sôbre mim e a lei moral dentro de mim. Esta lei, o dever, é a maior certeza que nós temos; de tudo podemos duvidar, menos dela”.

d) Teoria da Retribuição Jurídica

A pena surge como reafirmação dialética do direito de obediência ao Estado, violado pelo crime. (EDUARDO CORRÊA — “Direito Criminal” — pág. 43).

O fundamento da pena como instituição jurídica foi dado pelo filósofo alemão HEGEL (1770-1831), entendendo êle que a retribuição é lesão da lesão. O crime é a negação do Direito, mas não é a destruição do Direito, pois o Direito é invulnerável e a aplicação da pena restabelece o império da lei e do Direito.

Diz SOLER — “Derecho Penal Argentino” — vol. II, pág. 328:

“A pena aparece como negação da pretendida negação do Direito; é a demonstração da sua irrealidade e, com ela, o restabelecimento do império inatacável do Direito. Daí a sua necessidade absoluta”.

e) Teorias Relativas ou da Prevenção.

São chamadas também teorias finalistas ou teorias da prevenção.

“Punitur ut ne peccetur” — pune-se para que não peque.

Entendem os adeptos dessa teoria que a pena não é um fim, mas que ela tem um fim, como defesa social, como necessidade social, como meio necessário para a segurança social. Daí, que não se castiga “quia peccatum est” (porque pecou), mas “ne peccetur” (para que não peque).

Existem várias doutrinas acêrca do modo como a pena deve atuar para a finalidade-defesa social, ora como prevenção geral; ora como prevenção especial.

Dá-se a aplicação da prevenção geral, quando a sanção ou a sua ameaça são um modo de prevenir as violações futuras, agindo sôbre a generalidade das pessoas. Quando a atuação é sôbre o agente, a prevenção tem o nome de especial.

1 — Prevenção Geral pela Intimidação.

Ela começa com FILANGIERI (1752-1788), que disse: “o objeto da pena é afastar os homens do delito pelo mêdo ao mal da pena, ao que o cometendo, exponham”.

FILANGIERI aceita BECCARIA e ROUSSEAU, contratualistas, em que a pena surge como reação defensiva para conservação do contrato social, já que o delito coloca o réu fora da proteção da ordem social. (15).

2 — Prevenção Geral pela Coação Psicológica.

Seu autor é FEUERBACH (1775-1883). A pena deve ter aplicação preventiva, por meio de coação psicológica, coação psíquica que se opera da parte do Estado, ameaçando com uma pena a transgressão possível da Lei e mostrando a realidade da aplicação dessa pena, quando a lei é transgredida. (16).

É o autor do “nullum crimem sine lege, nulla poena sine lege”.

FEUERBACH entendia, como determinista, que a fôrça que leva os homens ao crime era de natureza psíquica e daí a coação psíquica da sua teoria da prevenção.

15) Anibal Bruno — “Direito Penal” — Vol. II — pág. 84

16) Soler — “Derecho Penal Argentino” — Vol. II — pág. 331

Diz SOLER que esta teoria influenciou em ALIMENA e IMPALLOMENI.

3 — Prevenção Geral Pela Advertência.

Seu autor é BAUER (1830), com a ameaça da pena.

4 — Prevenção Geral Pela Defesa.

Seu autor é ROMAGNOSI (1761-1835), com o extraordinário livro "Genese del Diritto Penale".

É o autor das expressões "spinta criminosa" (impulso criminoso) e "contra spinta penale" (contra impulso penal). Para ROMAGNOSI, as penas devem incutir temor, para não atormentar ou afligir a um ser sensível, nem satisfazer um sentimento de vingança, nem revogar na ordem das coisas um delito já cometido, mas infundir temor a todo delinqüente, de modo que, no futuro, não ofenda à sociedade.

Deve ser lida a obra de ROMAGNOSI, especialmente na época atual do Direito Penal, quando se vê o avanço cada vez mais crescente da criminologia, num caminhar paralelo ao Direito Punitivo. Inteira razão tinha GARÓFALO quando o chamou pai da Sociologia Criminal e FLORIAN que o considerou como precursor da Criminologia.

f) Teoria da Prevenção Especial.

A idéia da prevenção especial foi criada por GROLMAN em 1798, com a intimidação atuando na personalidade do criminoso.

No entanto, a mais importante das teorias da prevenção especial é sem dúvida a teoria correccionalista de ROEDER, Professor da Universidade de Heidelberg, autor da obra "AS DOUTRINAS FUNDAMENTAIS REINANTES SOBRE O DELITO E A PENA" (1876), onde afirma que "a teoria correccional vê na pena puramente um meio racional e necessário para a vontade injustamente determinada de um membro do Estado, a ordenar-se por si mesma, porque, enquanto a desarmonia que nasce da sua desordem perturba a harmonia de todo o organismo daquele (ESTADO), segundo ela, isto radica o fundamento e o fim da pena e o critério para estabelecer seu gênero e grau".

Segundo a Escola correccionalista o fim da sanção é modificar e corrigir a vontade do delinqüente. É a chamada doutrina da emenda, que teve PLATÃO como precursor vendo no crime não o fato, mas o homem, influenciando em PEDRO DORADO MONTERO, que realiza com o seu "DERECHO PROTETOR DE LOS CRIMINALES", os postulados de ROEDER, com a escola positiva penal.

g) Teorias Mistas.

"Punitur quia peccatum est et ne peccetur" — pune-se porque pecou e para que não peque.

São teorias mistas no que se refere à pena, reconhecendo a **necessidade** ao lado da utilidade, como resultado da luta entre as escolas clássica e positiva, juntando o caráter retributivo da pena, com a reeducação do criminoso, mantendo distintos o problema da pena e da medida de segurança.

V — A MODERNA PROBLEMÁTICA DO DIREITO PENAL

O problema mais importante trazido pelo positivismo penal foi a não-consideração do delito como fato jurídico, mas sim como uma realidade biológica-social acrescida dos fatores antropológicos, tendo como ponto nuclear a personalidade do delinqüente.

Daí FERRI ter construído o seu sistema de prevenção, onde ao lado das sanções vinham os substitutivos penais para eliminar as causas do aparecimento da periculosidade, bem como as condições que levam o homem ao crime.

VON LISZT, discípulo de IHERING, traz, como fundador da Escola de Política Criminal, de fundo jurídico sociológico, a pena-fim, com propósitos sociológicos de readaptação ao delinqüente e não limitada a um abstrato formalismo desumanizado, no dizer de QUINTANO RIPPOLES. Com VON LISZT surgiu o dualismo culpabilidade e periculosidade e é Anibal Bruno que afirma que êle distingue o Direito Penal da Criminologia, limitando-o à exposição dogmática do direito vigente, através do método lógico e que a arma na luta contra a delinqüência (e eu prefiro o termo criminalidade) é o estudo científico do crime em seu aspecto e suas causas interiores (17).

Com a concepção normativa da culpabilidade (Frank, Goldschmidt e Freudental) surgiu o juízo de censurabilidade ou reprovabilidade, que, com a tipicidade de BELING, trouxe a concepção dogmática, jurídica do delito. É a escola jurídica alemã, com o direito penal da culpabilidade, diretamente ligada à pena retributiva, negando legitimidade a todo pensamento naturalístico e pragmático, embora aceitando os dados da experiência criminológica. Este é o primeiro grupo, fazendo Eduardo Corrêa, notável Professor de Direito Criminal em Coimbra, indagar:

“Se porém o fato é, no pensamento retributivo, o critério da medida da pena, como estabelecer a medida exata da retribuição?”

A resposta estará na pena de talião, no Juízo de censura ao homem criminoso, no juízo de valoração dos interesses ofendidos, dizemos nós?

O segundo grupo é de fundo pragmático, dominando na ciência penal dos Estados Unidos da América do Norte e na Inglaterra, países sem codificação de leis penais, tendo como fontes a “common law” e a lei escrita, não havendo construções jurídico-dogmáticas, não havendo tipicidade ou censurabilidade, mas um sistema de precedentes judiciais (“leading cases”), que se ajustam continuamente ao sistema de vida. As críticas dos dogmáticos penais, dos seguidores da teoria jurídica do delito, ao sistema penal anglo-americano, estão respondidas com as amplas e constantes reformas penais, com as notáveis medidas de prevenção contra o crime, com o avanço extraordinário das ciências sociais, da criminologia e da penologia, bem como a extraordinária penetração, cada vez maior, dos institutos do “probation”, (é a nossa suspensão condicional da pena), do “parole” (é o nosso livramento condicional) e das sentenças indeterminadas. No direito anglo-americano, existe também a culpabilidade, o princípio da reserva legal, a proibição da analogia em matéria penal, mas a característica fundamental é Justiça Social.

O terceiro grupo é o dos países Nórdicos, de cunho naturalista, afirmando um pensamento de proteção, surgindo a extraordinária obra do Sueco OLOF KINBERG, que atingiu a culminância com o seu livro “Les problèmes Fondamentaux de la Criminologie”, editado em francês no ano de 1957, sob os auspícios do Centro Francês de Direito Comparado, organização chefiada por MARC ANCEL, livro cuja característica é a profilaxia do crime e a defesa social, num sistema amplo de proteção e prevenção.

O quarto grupo, liderado por FILIPPO GRAMATICA, preconiza a supressão do Direito Penal tradicional, cedendo o lugar ao “direito-dever de defesa social”, aban-

17) Anibal Bruno — “Direito Penal” — Vol. I

donando-se as concepções tradicionais, estudando-se os fatores criminógenos do Direito Penal, abandonando-se a pena em favor de medidas de defesa social, preventivas, educativas ou curativas. Sustenta GRAMATICA pontos fundamentais no seu livro "Princípios de Direito Penal Subjetivo": 1) as instituições penais não corrigem, nem a diminuição da resistência, nem o excesso de impulsos para cometer atos anti-sociais; 2) O Direito Penal na sua concepção tradicional e com os sistemas penitenciários em vigor, responsabilidade e pena, são instituições racionalmente negativas e propriamente criminógenas, particularmente aos fins da reincidência; 3) a prisão como fator criminógeno; 4) a ação criminógena da pena como inatividade do trabalho sobre o sujeito; 5) um sistema subjetivamente corretivo para o indivíduo.

O quinto grupo é o da nova defesa social, movimento liderado pelo extraordinário MARC ANCEL com o seu livro "La Défense Sociale Nouvelle (un mouvement de Politique Criminelle Humaniste), e apoiado pelo não menos extraordinário JEAN GRAVEN, ambos dirigindo a Société Internationale de Défense Sociale. A Nova Escola de Defesa Social é uma reação contra o caráter retributivo da pena, uma proteção da sociedade contra o crime (Defesa Social) por meio da "prevenção contra o crime e pelo tratamento do delinqüente", uma reação contra a exagerada juridificação clássica do direito penal com o Humanismo judiciário e a especialização penal e criminológica do Juiz Criminal. Pela nova escola pretende-se uma revisão sistemática de valores, com a construção de um Direito Penal Pragmático, tendo como finalidade a ressocialização do delinqüente. A proteção Social que a nova Escola pretende, deve ser realizada levando-se em consideração a periculosidade, com um conjunto de medidas extrapenais destinadas a neutralizar o delinqüente, com métodos curativos e educativos. Pretende também a aplicação de uma Política Criminal que dê particular importância à prevenção individual, realizando também um sistema de prevenção do crime e de tratamento dos delinqüentes. Para tanto a Nova Escola de Defesa Social necessita da Criminologia a fim de estudar o fenômeno criminal, juntamente com o Direito Penal como reação contra o fenômeno criminal, em busca de uma Política Criminal, ciência e arte para melhor formulação de regras positivas, dando direções ao legislador. A doutrina da nova escola não pretende suprimir o direito penal, mas fazer com que êle responda às necessidades sociais da hora presente, sustentando que a norma repressiva perde grande parte da sua significação quando se isola do seu contexto sociológico.

A defesa social considera o crime um fato humano, como expressão da personalidade do seu autor, entendendo que o Juiz Penal para julgar o delinqüente, tem que conhecê-lo, em função dos elementos subjetivos da personalidade do autor. Daí o exame biopsicossocial antes do julgamento penal, para exame da personalidade do delinqüente.

Como conseqüência das novas escolas de defesa social, graças a MARC ANCEL, GRAMATICA, JEAN GRAVEN e muitos outros, aí está o trabalho das Nações Unidas realizando congressos internacionais em GENEBRA (1955), LONDRES (1960) e ESTOCOL-

MO (1965) e o próximo (agosto do corrente ano) em Kyoto, sempre sob o tema "Prevenção Contra o Crime e Tratamento do Delinqüente".

VI — O DIREITO PENAL NO BRASIL

Tendo em vista a problemática do Direito Penal, no mundo moderno, qual tem sido a posição brasileira?

Durante os últimos 30 anos, tivemos um Código baseado na culpabilidade e na periculosidade, tudo dentro do chamado tecnicismo jurídico, proveniente do dogmatismo penal italiano, notando-se marcada influência de MANZINI, no dizer de NELSON HUNGRIA. A realidade verdadeira é que a nossa literatura jurídico-Penal sempre se inspirou nas fontes italianas e alemãs. Nunca tivemos uma Escola Penal Brasileira, havendo no Brasil uma formação exclusivamente jurídica do penalista, sempre baseada no direito estrangeiro, ora alemão, ora italiano.

Jamais o penalista no Brasil saiu do campo da culpabilidade. Jamais o penalista no Brasil acrescentou à culpabilidade o conceito de Justiça Social. Daí porque no Brasil o Direito Penal tem sido o mais estável de todos os direitos, jamais refletindo as necessidades brasileiras, onde temos as mais variadas dimensões sociais. Isto talvez explique o desprestígio do Direito Penal no Brasil, desprestígio que também é assinado no mundo inteiro, pois a criminalidade aumenta assustadoramente em todos os recantos.

Daí termos que lutar no Brasil, bravamente, por uma renovação do direito penal, partindo-se do ensino universitário, fraco e defeituoso. O Direito Penal é uma ciência social, é o aspecto do direito que reflete em toda a sua integridade a individualidade de um povo, os seus pensamentos e sentimentos, o seu caráter, suas paixões, o seu grau de civilização, toda a sua alma enfim. Daí VON IHERING afirmar que a história do direito criminal de um povo é um fragmento da psicologia desse povo.

De nada adianta uma nova legislação penal, a mais moderna, se continuam existindo flagrantes desigualdades sociais. Havendo desemprego, havendo fome, terá que existir uma criminalidade, como uma consequência natural. Daí o caráter preventivo no combate ao crime. Hoje, mais do que nunca, o crime é um fato eminentemente social. A sociedade com as suas injustiças, com a sua polícia ou com o negligente abandono de elementares deveres, cria e germina o delito. Daí a verdade dita por FERRI: "menos justiça penal, mais justiça social".

Todos falam e comentam sobre as boas ou más inovações do Novo Código Penal Brasileiro. No entanto, a pergunta mais importante ainda não foi feita. Qual a filosofia penal do Novo Código? A quem se deve essa nova filosofia penal? Por que se fez um Novo Código Penal? O que encerra de útil para o Brasil o Novo Código Penal?

Dizem os críticos ao anteprojeto Hungria e ao próprio Código Hungria, que foram utilizados outros códigos penais e projetos pertencentes a países cuja realidade,

sistema penal e organização penitenciária e judicial têm pouco ou nada a ver com o Brasil (18). Tem inteira razão EMILE GARÇON quando diz que há uma evidente semelhança entre todos os projetos e códigos penais atuais, que obedecem por assim dizer a uma lei da imitação.

Qual a filosofia do Novo Código Penal Brasileiro? Graças à genialidade de NELSON HUNGRIA, passamos do Código de 1940, mesclado de concepções clássicas e positivistas, para um Código de Defesa Social, contendo um Direito Penal da culpabilidade e inovações criminológicas que renovarão, evidentemente, a ciência penal brasileira.

E dizer-se que HUNGRIA em 1942, no seu livro "Novas Questões Jurídico-Penais", dizia da Criminologia ser como uma teia de Penélope, para em 1963, em artigo publicado na "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" (vol. I — pág. 5) sob o título "Direito Penal e Criminologia", afirmar:

"Os pontos de mútuo entendimento e ajustamento, porém, entre o direito penal e a criminologia, assinalando harmonia onde outrora só havia radical e exaltada cizânia, estão a assegurar novos e amplos caminhos para um e outro, no sentido de maior eficácia e êxito no combate ao crime e ao criminoso, quer do ponto de vista repressivo, quer do ponto de vista preventivo. Nem só jurismo, nem só biosociologia, mas uma síntese em que se aglutinem os diversos critérios na tentativa de decifração e conseqüente eliminação dessa ameaçadora esfinge de Tebas, que é a Criminalidade."

Mas HUNGRIA não ficou só nisso. Em 1967, no Congresso de Direito Penal e Criminologia realizado em Brasília, proferiu conferência extraordinária sob o título "Novas Teorias e Diretrizes do Direito Penal", tratando da defesa social, discorrendo com profundidade sobre MARC ANCEL e FILIPPO GRAMATICA e sustentando a validade das escolas defensistas, com as seguintes afirmações: 1) "a recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o preponderante, o precípua escopo da pena" e daí o art. 37 do Novo Código; 2) sustentou a pena com "ne peccetur (isto é, devendo ser aproveitada para o aperfeiçoamento do condenado à vida social, mediante processos de educação ativa)"; 3) falando sobre a medida de segurança disse ser "pelo método unitário, mas sob a rubrica de pena, sem repúdio à tradicional condição de imputabilidade e culpabilidade moral, posto que não há incompatibilidade alguma entre o princípio da responsabilidade psíquica e a concepção finalista da pena". Daí afirmar HUNGRIA, admitir a pena como retribuição e como defesa social.

Com estas novas idéias, HUNGRIA e ROBERTO LYRA, embora por caminhos diferentes, chegaram ao ponto mais importante do direito penal moderno: o abandono de arcaicos conceitos repressivos, de caráter retributivo, em busca da recuperação do criminoso.

18) Manuel Lopes Rey — "Rev. Bras. de Direito Penal e Criminologia" — Vol. XII — pág. 55

VII — A FIGURA DE ROBERTO LYRA

O que existe de criminológico no Novo Código Penal Brasileiro? O que se entende por CRIMINOLOGIA? Existe Criminologia no Brasil? Existe Criminologia na América Latina? Existem pesquisas criminológicas no Brasil e na América Latina?

A resposta é N - ã - O .

No Brasil quando se fala em Criminologia, a figura que sempre será eterna e histórica é a do excelso ROBERTO LYRA, que vem lutando pelos seus ideais desde BECCARIA, desde 1725. ROBERTO LYRA no campo penal e criminológico brasileiro, tem 200 anos. Para os interessados, principalmente para os moços do nosso Brasil, país sem tradições nos estudos penais e criminológicos, leiam a página admirável de ROBERTO LYRA na "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" — vol. 13 — ano 1966, onde sob o título "Atualidade de minhas posições e propostas em Direito Penal e Criminologia" mostra que já falava desde 1917 em **criminologia, criminalidade, prevenção contra o crime, recuperação do criminoso, direito penal como ciência social, justiça social, FERRI, LOMBROSO, GABRIEL TARDE, GARÓFALO** e sempre lutando por uma Escola Penal e Criminológica Brasileira, genuinamente brasileira, de acordo com as necessidades brasileiras e longe dos dogmáticos penais alemães, contra a "atomiização germânica do delito".

VIII — A CRIMINOLOGIA NO BRASIL E NO MUNDO

Direito Penal e Criminologia, no mundo atual, têm de caminhar de mãos dadas. O Direito Penal pune uma conduta anti-social e a Criminologia procura explicação para a conduta anti-social. A Criminologia procura penetrar na consciência do criminoso para conhecer os seus impulsos íntimos e profundos, procurando reintegrá-lo na vida normal da sociedade, além de examinar o meio ambiente, procurando soluções para uma prevenção contra o crime. A Criminologia é uma ciência social, pois estuda a criminalidade, que é um fato social.

A Criminologia tem um imenso campo e é a ciência do futuro, com essa alarmante extensão da criminalidade em todo o mundo. Para o estudo das manifestações da criminalidade, necessitamos das pesquisas criminológicas, de estatísticas judiciais, policiais e penitenciárias, sabendo-se que a cifra negra é o maior obstáculo à prevenção da criminalidade. Como poderemos sem a criminologia combater a criminalidade trazida pela imigração rural, a delinqüência juvenil, o alcoolismo, a delinqüência urbana, o tráfico de escravas brancas, o delito organizado, os tóxicos, a delinqüência feminina e mesmo a delinqüência rural? É verdade que funcionará a repressão policial, mas os arcaicos conceitos repressivos e punitivos não impedem a disseminação da criminalidade.

As definições — e eu detesto as definições em matéria científica — sobre Criminologia são as mais variadas, de autor para autor, eis que os criminólogos têm as

suas experiências em campos científicos diversos, trazendo suas idéias de acôrdo com a formação pessoal e daí as definições unilaterais.

Os criminólogos americanos, na sua maioria sociólogos, definem a *criminologia* como "estudo sistemático do delito e da criminalidade, não sob o aspecto legal, mas em relação aos processos que conduzem ao transviamento e ao comportamento social ou anti-social" (Romney — J. Maier — "Sociology: The Science of Society"). Esta orientação é seguida pelos sociólogos americanos THORSTEN SELLIN, CLINAR, RECKLESS, POLLAK e SUTHERLAND. É SELLIN, ex-chefe do Departamento de Sociologia da Universidade de Pensilvânia, contestado por PAUL TAPPAN, quem afirma no seu extraordinário livro "Culture conflict and crime" que limitar a *criminologia* ao estudo da conduta criminal definida pela lei, seria quase como limitar a psiquiatria ao estudo dos tipos mentais cristalizados em termos legais e daí êle substituir a expressão "legal norm" por uma mais ampla "conduct norm". A mesma orientação têm os psicanalistas HERSNARD ("*Psicologia do Crime*") e a dupla Alexander e Staub com o livro "*O delinqüente e seus juizes*", insistindo que o delito deve ser considerado no plano dos valôres morais.

O campo da Criminologia resultará, pois, definido pelo direito positivo? De qualquer maneira, existem certos fatos sociais como a prostituição, o alcoolismo, a delinqüência juvenil e outros, que a criminologia pode estudar, como ciência social que é, sem que haja um prévio ordenamento penal.

O campo da Criminologia resultará, pois, definido pelo Direito Penal? Veja-se no Brasil onde a lei penal é unitária, as extraordinárias diferenças sócio-culturais entre o Norte e o Sul, entre o Leste e o Oeste, onde o porte de arma, as casas de prostituição e os crimes de sedução são encarados sob os mais diversificados conceitos valorativos.

Como resolver êste impasse? Êle continuará no Brasil, enquanto permanecerem separados Criminologia e Direito Penal, uma voltada para fatos sociais e outro voltado para normas jurídicas. O penalista brasileiro tem que se convencer, de que direito penal e criminologia não são disciplinas paralelas, mas duas ciências combatendo a criminalidade.

É verdade que a Criminologia, ciência jovem, caminha e procura uma unificação metodológica, apesar da imagem falsa proveniente de que ela seja um conjugado de ciências, desde a biologia até às estatísticas. O que não se pode negar é que a Criminologia, ciência eminentemente social (daí FERRI ter abandonado a expressão *Sociologia Criminal* para a expressão *Criminologia*), procura fazer-se uma disciplina integrada, dentro de um conteúdo biopsicossocial, procurando uma síntese com a psicanálise, com a psicologia, com a endocrinologia, com a antropologia etc. E a grande luta é entre os criminólogos e os médicos, especialmente os psiquiatras que, no Brasil, foram os primeiros positivistas. Foi ROBERTO LYRA quem levantou o "estandarte da cruzada contra a medicinação do Direito". Na Europa êste problema

é sério e o exemplo está em Benigno di Tullio com a sua famosa doutrina da "Constituição Delinqüencial" para o delinqüente. E no Brasil, aí estão, no passado, GUALTER-LUTZ, e, no presente, LEONIDIO RIBEIRO, LUIZ ÂNGELO DOURADO, CARLOS LEAL, VEIGA DE CARVALHO, NILSON SANTANA, OLÍMPIO PEREIRA DA SILVA e outros.

E para maior discussão, que ainda não apareceu no Brasil, vem a genética do crime. Existirá um cromossomo do crime? Como julgar o delinqüente portador de uma anomalia genética XYY? É o famoso caso de Daniel Hugon, que compareceu à Corte de Julgamento em Paris, em outubro de 1968, por ter estrangulado, em setembro de 1965, uma prostituta de 62 anos. Hugon, examinado do ponto de vista biopsicossocial, acusou um desequilíbrio psíquico, uma tendência epilética, com agressividade, violência e impulsividade. Tentou o suicídio, durante a sua vida, por três vezes e examinado medicamente, verificou-se uma anomalia genética. Enquanto as mulheres têm um conteúdo cromossômico XX e os homens um conteúdo cromossômico XY, Hugon apresentou-se portador de um cromossomo Y, suplementar. O acusado era um XYY. A Justiça Penal Francesa, ainda sob o Código de 1810, monista, condenou-o a 7 anos de reclusão, declarando-o plenamente responsável e que a anomalia genética constituía uma facilitação para o crime. É o retorno à tese lombrosiana do criminoso nato. E aí está o caso de Richard Speck que matou, em Chicago, sete jovens enfermeiras, em 1966, sendo também portador de XYY. E aí estão os trabalhos dos médicos ingleses Patricia Jacobs e Casey nos reclusos, em 1966, os trabalhos de Mary Telfer na Pensilvânia, os trabalhos realizados em 1968 na Austrália e nos Estados Unidos, tudo em torno da genética do crime, dos cromossomos e o crime. Vejam-se os trabalhos publicados no mundo inteiro, nas revistas *Lancet* e *Nature*. Esta genética do crime, quando chegar ao Brasil, e chegará brevemente, não poderá ser resolvida de maneira simplista, colocando os portadores de XYY na rubrica dos inimputáveis. É trabalho penal e criminológico, é LOMBROSO, FERRI, GARÓFALO, GRAMATICA, serão as medidas de defesa social. É a Criminologia, sem dúvida, a ciência do futuro.

Como nós, no Brasil, iremos nos preparar criminologicamente, quando nem nas Universidades o assunto é mencionado, a não ser em esparsos cursos de pós-graduação?

Vejam-se as definições dos criminólogos europeus. Lavastine e Stanciu dizem que criminologia é o estudo completo e integral do homem, com a preocupação constante de conhecer as causas e os remédios para uma atividade anti-social. Jean Graven considera a criminologia como a ciência das ciências do homem, embora advertindo dos perigos do imperialismo criminológico ("La Criminologie et la fonction penal" — *Revue Internationale de Criminologie de police technique* — 1950 — pág. 165). Filippa Gramatica definiu primeiramente a criminologia como ciência do homem, mais que a do delito, para estudo do homem e das causas que o induziram a violar a lei, e, mais tarde, passou a definir a criminologia como a ciência que aprecia o fenômeno anti-social como manifestação humana.

Tenho para mim, ao entanto, que a melhor definição, simples e objetiva, parece-me ser a dos franceses Vouin e Leauté (*Droit Penal et Criminologie* — pág. 19),

quando afirmam que "a criminologia constitui o estudo científico do fenômeno criminal", semelhante à do sociólogo americano Caldwell quando fala em "estudo científico do crime e dos criminosos" ("Criminology" — pág. 3).

a) O Ensino da Criminologia no Estrangeiro

Onde se estuda *Criminologia* com profundidade, é no Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge, sob a direção do Professor Leon Radzinowicz, em curso de pós-graduação. O programa do curso 1969/1970 compreende 4 seções:

1.ª SEÇÃO

Teoria criminológica e sociológica do crime

- 1) *Condições econômicas do crime. A Escola Positiva. O fenômeno do Crime.*
- 2) *Aspectos ecológicos e demográficos do crime e dos criminosos. Aspectos demográficos do crime na sociedade contemporânea.*
- 3) *Recentes desenvolvimentos na Ecologia. Discussão e valor dos estudos ecológicos na teoria e na pesquisa criminológica contemporânea. A natureza e a significação da delinquência oculta. Aspecto demográfico do criminoso. Aspectos demográficos e sociais do crime com violência.*
- 4) *Raça e crime.*
- 5) *Teorias sociológicas contemporâneas.*

2.ª SEÇÃO

Aspectos psiquiátricos e psicológicos do crime e seu tratamento

- 1) *O normal e o anormal.*
- 2) *Psicoses e crime.*
- 3) *Álcool e o vício das drogas.*
- 4) *Psiquiatria e a lei.*
- 5) *Inteligência e delinquência.*
- 6) *Conceito de psicopatia.*
- 7) *Delinquência e perda neurológica.*
- 8) *O Estudo dos gêmeos dinamarqueses.*
- 9) *Criminosos sexuais.*
- 10) *Crimes contra as crianças.*
- 11) *Tratamento psiquiátrico para criminosos em liberdade.*

- 12) Tipologia ou classificação como base para uma teoria criminológica.
- 13) Desenvolvimento da personalidade e suas implicações na Criminologia.

3.ª SEÇÃO

Métodos de pesquisa criminológica

- 1) Princípios, tipos de pesquisas.
- 2) Fonte de dados. Estatísticas, registros administrativos, análise, questionários, entrevistas, testes psicológicos, estudos pilôtos.
- 3) Exame de populações.
- 4) Causalidade e prognóstico. Estudos longitudinais. Problemas de análise causal.
- 5) Experiências e sua avaliação. Contrôles de grupos.
- 6) Técnicas de pesquisas. Estudos de comportamento de grupo. Sociometria.

4.ª SEÇÃO

Desenvolvimento da prática e da teoria penal e o tratamento dos delinqüentes

- 1) Estudos da pena capital.
- 2) O desenvolvimento da teoria penal inglesa.
- 3) O desenvolvimento do sistema penal inglês.

A grande característica do Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge é a pesquisa criminológica. No momento, estão em andamento as seguintes pesquisas.

- 1) Alguns problemas de tratamento e educação nas prisões.
- 2) O tratamento dos delinqüentes habituais.
- 3) A transição entre prisões e a comunidade.
- 4) Tratamento para jovens delinqüentes.
- 5) Pesquisas sobre o probation e o parole.
- 6) Conseqüências sociais da condenação.
- 7) Estudo das sentenças de motoristas perigosos.
- 8) Classificação de crimes.
- 9) Conseqüências sociais da condenação.
- 10) Crimes de violência.
- 11) Predição e prevenção da delinqüência.
- 12) Programas de prevenção delinqüencial.

Outro extraordinário Curso de Criminologia é dado pelo Instituto de Criminologia da Universidade de Montreal—Canadá, sob a direção do Professor Denis Szabo. Também na School of Criminology—University of California—Berkeley—California, sob a

direção dos Professores Bernard Diamond e Paul Takagi. Em Israel, na Universidade de Tel Aviv o Professor Shlomo Shoham dirige também um ótimo Curso de Criminologia e o Professor Israel Drapkin, na Universidade de Jerusalém.

A característica da Criminologia Americana é o fundo pragmático, tendon para a penologia, eis que se expandem cada vez mais os serviços sociais.

Na Alemanha existem cadeiras de Criminologia nas Universidades de Tubingen e de Heidelberg. Na França, existe na Faculdade de Direito da Universidade de Lion um curso de *Criminologia Clínica* ligado à Medicina Forense. É claro que em tôdas estas Universidades existe suficiente numerário para o estudo e para as pesquisas criminológicas, assinalando-se que estes cursos não têm a característica sociológica dos cursos ingleses e americanos.

Nos Estados Unidos existem mais de 60 escolas de serviços sociais, preocupadas com o problema da reabilitação social. Daí os "social workers". Nas Universidades Americanas a Criminologia é estudada nos Departamentos de Sociologia, destacando-se Notre Dame, Wisconsin, Pensilvânia e Illinois. Ali existe também a reação dos conservadores, como no Brasil, que não admitem, no currículo universitário, a criação de uma cadeira de Criminologia. Na realidade, os sociólogos criminais ou criminólogos, tanto lá como aqui, não gozam de prestígio junto aos professores da lei penal, do Direito Penal. Será uma luta entre conservadores e renovadores? Sômente o futuro dirá, tanto lá como cá.

b) A Criminologia como ciência independente e como profissão

Pode a Criminologia ser considerada uma ciência independente? Existe um trabalho do Professor Ellenberger, fazendo um paralelo entre a medicina e a criminologia, com as ciências que as constituem, levando-se em consideração o método experimental. Diz êle: a medicina é baseada na anatomia, fisiologia, química etc. A criminologia é baseada na sociologia, psicologia, antropologia física, medicina, estatísticas etc. A razão de ser da medicina baseia-se na terapêutica e na saúde pública. A razão de ser da Criminologia baseia-se na reforma penal, na penologia, na reabilitação e na prevenção do crime. Tôdas estas ciências funcionam com o método experimental, científico, envolvendo julgamento de valôres, com específicos objetivos éticos: a medicina para curar, aliviar e consolar; a criminologia para combater a criminalidade.

A Criminologia como profissão, como conseqüência do seu contínuo crescimento obrigará a criação de uma deontologia, num futuro próximo, tendo em vista a multiplicidade de conveniências éticas, segrêdo profissional etc.

IX — MÉTODOS E TÉCNICAS CRIMINOLÓGICAS

Sôbre o problema do método ou dos métodos em Criminologia, discuti inúmeras vêzes com o Professor Sebastian Soler e eu lhe dizia das minhas inquietações em 1967, sôbre a Criminologia, se individualizadora ou sociológica, lembrando-lhe ainda, que em certa época êle a chamara de "hipótese de trabalho".

Soler respondeu-me com uma carta em fevereiro de 1968, que guardo num quadro e que lida por Roberto Lyra, dêle mereceu as seguintes palavras: "Guarda esta carta, é extraordinária. Soler é um sol."

"Eu não quero que me interprete como não tendo simpatia pelas disciplinas criminológicas. Exatamente o contrário é a verdade. Uma amostra das dificuldades que se encontram nesse terreno a vejo precisamente em sua carta. O propósito de aclarar e liquidar esse tipo de equívocos é o que me tem inspirado em minha crítica e tenho sido mal interpretado. Vacila você, com efeito, entre diferentes tipos de estudo que você mesmo chama "clínica individualizadora" ou "criminologia sociológica".

Você aqui põe exatamente o dedo na ferida. Para mim, **todo estudo, todo sem exceção**, é legítimo e necessário. O que exige é que saibamos bem o **que** queremos estudar, em primeiro lugar, porque segundo seja isso, haverá uma maneira correta de fazê-lo, **uma só** e muitas maneiras incorretas. Por isso creio que é necessário não se deixar confundir e para que os estudos criminológicos sejam realmente valiosos como podem e devem ser, têm de estar traçados com perfeita delimitação, tomando o que é psíquico como psíquico, o estatístico como estatístico, o sociológico como sociológico etc., tomando muito cuidado com as superposições, de maneira que não façamos sociologia sobre uma constante metáfora biológica, como tem ocorrido, sobre a base de pensar a sociedade como se fôra **realmente** um organismo e não como algo com **certos rasgos** que se parecem a organismo e outros que **não se parecem nada** a um organismo. O mesmo se passa com estudos individualizados, segunda tenham um destino de tabulação estatística ou de investigação do caso. Tudo tem interesse. Em sociologia, todo tipo de relações ou conexões deve ser investigado em concreto, ainda que aparentemente mais afastadas, seja qual seja o resultado que tenham. O que conta é que o método seja correto.

Para nós outros, os advogados, é necessário ter um cuidado muito especial para não invadir zonas próprias da biologia, da psicopatologia etc. Essas são ciências **per se** e nada fáceis, de maneira que nossa bagagem ordinária ante elas é insuficiente. Há que estudar, aparte, aquelas ciências. Inversamente não falemos dos transtornos que têm feito os médicos postos em juristas e legisladores.

Como orientação geral, eu, pessoalmente, daria preferência ao estudo de problemas socio-estatísticos sobre temas bem concretos; porém, isto é uma simples referência fundada em grande medida na verificação de que em nosso país faltam muitíssimos dados. Suponho que por aí ocorrerá algo parecido. Para tal há que pôr-se em dia sobre a moderna metodologia sociológica. Segundo você pode ver, minha exigência tende à pureza metódica e à perfeita determinação objetiva, requisitos que podem passar inadvertidos se, dentro da mesma designação "criminologia", colocamos, sem advertir primeiro do fato ao criminólogo, materiais de diferente natureza, como se, com saldos e retalhos de outras muitas ciências se pudesse constituir outra ciência autônoma e unitária.

No caso de criminólogos advertidos como você, não há perigo algum. Trabalhe no tema que trabalhe, você o fará bem; estou segura disso, porque conheço seu empenho, sua inteligência e sua perfeita pureza intelectual."

Há que se fazer, em Criminologia, a diferença entre método e técnica.

A Criminologia que procura uma síntese, dentro das mais variadas disciplinas que ela procura integrar, terá que adotar um método sociológico, como recomenda

Soler. Se a *Criminologia tem um contexto biopsicossocial*, temos que, dentro do **como** e do **porquê**, de maneira causal-explicativa, procurar com os elementos naturalísticos, uma unidade psicossociológica. O método para estas indagações é fundamentalmente *sociológico*, deixando o *jurista*, pouco avêso às ciências sociais, numa difícil situação para penetrar no problema criminológico. Daí a necessidade de uma especialização penal e criminológica.

Quanto às técnicas, temos as estatísticas, os inquéritos chamados *Social Survey*, a ecologia, o *case-study* (e aqui entram os irmãos *Sheldon* e *Eleonor Gluck*), as técnicas antropológicas de *Sjöbring*, *Olaf Kinberg*, *Benigno di Tullio*, *Verwaeck*, *De Greef*, a *biotipologia criminal* de *Kretschmer* (tipos somáticos) e *Pende* (tipos endócrinos).

Modernamente, surgiu a *Caracterologia Criminal*, criação dos holandeses, *Heymans* (filósofo e psicólogo) e *Wiersma* (psiquiatra). Ampliada por *Le Senne* e *Resten*, tem como base o caráter, sendo o conjunto das disposições congênicas que forma o esqueleto mental do homem. O único trabalho sobre o assunto, no Brasil, é do Professor *Everardo Luna* em "*Estudos de Direito em homenagem a Nelson Hungria*". Esta nova ciência tem crescido extraordinariamente nos últimos tempos, especialmente na *criminologia individualizadora*, clínica.

X — A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMINOSOS

As definições de crime, do ponto de vista criminológico, são feitas ainda sob os mais variados aspectos: o antropológico criminal, psicanalítico, biológico, psicológico, sociológico ou caracterológico. Daí a síntese criminológica que se procura dentro de um contexto biopsicossocial, eis que a *Criminologia no mundo* é uma ciência jovem.

No Brasil, no entanto, onde a *Criminologia* ainda não existe, mas que terá de existir, queiram ou não, com o Novo Código Penal Brasileiro, é de elementar cautela ficarmos na universalidade do conceito jurídico do crime, expressão de *Pelaez*, quando afirma que o estado atual dos estudos sociológicos, psicológicos e psiquiátricos impõe ao criminólogo e ao juiz uma indagação completa sobre a personalidade do delinqüente, indagação que compreenda também as eventuais anormalidades biopsíquicas, na medida em que elas possam influir, tanto sobre a capacidade de entender e querer, como sobre a total valoração da própria personalidade. E desta maneira, a medicina e mais propriamente a *psicopatologia*, têm uma tarefa específica na investigação criminológica, ainda que esta tarefa deva ser limitada na própria esfera de estudo.

Dentro deste espírito é que o juiz criminal brasileiro terá que aplicar o artigo 33 (menores) e o artigo 52 (aplicação da pena privativa de liberdade), sendo este artigo o mais importante na nova filosofia penal brasileira, trazida pelo Novo Código Penal.

O artigo 52 importa numa realidade biopsicossocial além do juízo de censurabilidade, mas, obrigará o juiz brasileiro, sem dúvida alguma, a uma especialização penal e criminológica, que já era preconizada no Projeto *Alcântara Machado* em 1938, onde se afirmava:

"O capítulo trata as normas a que deve obedecer o juiz na aplicação da pena. Esse, um dos problemas cruciais em matéria repressiva. Sistema, como é o do anteprojeto, inspirado todo ele na necessidade de prevenir o crime

e de tratar o criminoso de acôrdo com a sua maior ou menor periculosidade, depende, para o seu êxito, da maneira por que usar o juiz dos poderes que lhe são outorgados."

E Alcântara Machado, citando Cosentini, que falava dos conhecimentos adquiridos em direito penal nas universidades, indagava: "Estará a nossa magistratura penal preparada para uma tarefa dessa magnitude?" Dai êle afirmar a prudência do seu anteprojeto, que adotava o sistema da pena relativamente determinada.

E agora o Nôvo Código Penal Brasileiro concede — diz a exposição de motivos — "a ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena, com vista à realização de uma justiça material e à escolha da medida adequada para que se cumpram os fins das penas, das quais não se exclui a justa retribuição". Não é esta a filosofia penal que Hungria preconizou, mas sim, retribuição e defesa social. Como aplicar a nova filosofia penal sem uma especialização penal e criminológica? Especialização penal os juizes brasileiros já a possuem, mas lhes falta a especialização criminológica.

E aí vêm também as prisões abertas, paixão de Nelson Hungria. Quem irá determiná-las? O prolator da sentença condenatória ou o juiz das execuções criminais? Quais os meios que terá o juiz para mandar o condenado para a prisão aberta, se as nossas leis penais não têm o exame biopsicossocial preconizado pela Criminologia?

São avanços da nossa nova lei penal e Alcântara Machado, em 1938, tinha justos receios na aplicação da pena e naquele tempo ainda não se falava em prisão aberta, como hoje se fala.

E ainda mais. Vem o Nôvo Código, no capítulo da aplicação da pena, no artigo 64, com o criminoso habitual ou por tendência, com a aplicação da pena indeterminada (que não é do Projeto Hungria, nem da Comissão Revisora), com a habitualidade presumida e a habitualidade reconhecível pelo juiz.

Alcântara Machado, em 1938, no seu anteprojeto, que foi revisto e não aceito por Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz e Roberto Lyra, falava nos criminosos de ocasião, por tendência, por habitualidade e por reincidência.

O Código de 1940 não admitiu a classificação de criminosos, afirmando Francisco Campos: "Ora, para a identificação dos tipos das duas primeiras categorias (referia-se ao projeto Alcântara Machado — criminosos ocasionais — e por tendência), não há seguros critérios objetivos. Não existem características constantes ou indícios infalíveis para diferenciar entre criminosos que o sejam *per accidens* e os que sejam por tendência. Quanto aos criminosos por tendência, nem mesmo se pode asseverar que existam, isto é, não se pode afirmar que haja uma inclinação especial ou fatalística para o crime; mas, ainda que se pudesse admitir isso, não seria lógico que um Código Penal fundamentalmente informado na liberdade volitiva incluísse entre os imputáveis o delinqüente que o é por irresistível tendência. Quanto aos criminosos habituais, não há razão para destacá-los da família dos reincidentes, uma vez que a êstes seja aplicado, como no sistema do projeto, um tratamento especialmente rigoroso."

Como surgiu esta classificação de criminosos no Nôvo Código Penal? Segundo o anteprojeto Hungria, em termos de legislação comparada, temos o Código Italiano

de 1930, o Código Grego de 1950, o Código Iugoslavo de 1951 e o Anteprojeto Soler de 1963.

Se naquela época, em 1938, com Alcântara Machado, a classificação de criminosos não foi aceita pelo Código de 1940, como surgiram agora estes tipos criminológicos? Teriam sido os modernos estudos criminológicos sobre a personalidade do delinqüente? Seria o princípio moderno da humanização da pena? E a pena indeterminada, como apareceu? Serão as espíritos de Roeder, de Pedro Dorado Montero, de Platão, que preconizavam a pena como emenda?

Os modernos estudos conduzem à classificação de criminosos a formação de tipos criminológicos, mas a realidade brasileira não conhece criminosos por tendência em número suficiente para uma colocação penal, da maneira como foi caracterizada no novo Código ou seja, *aquêle que comete homicídios, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, revelando extraordinária torpeza, perversão ou malvadez*. E porque, a não-colocação neste tipo de criminoso, daqueles que cometem crimes sexuais? Ademais as discussões *criminalógicas sobre o criminoso por tendência não chegaram a uma conclusão definitiva*, se êle é um enfermo mental ou um delinqüente natural por tendência. Como se situará o juiz penal, no exame da personalidade deste tipo criminológico? Não se poderá prescindir, *jámais*, nestes casos, da psiquiatria, que deverá ser uma componente obrigatória para o exame da personalidade. Daí Florian, o grande positivista, ter afirmado não ser o delinqüente por tendência um enfermo mental, pretendendo o exame do caráter do réu, nos seus aspectos endógenos ou exógenos, já renunciando a chegada da Caracterologia. Vejam-se as críticas do Padre Gemelli⁽¹⁹⁾ no ano de 1946, contrárias ao artigo 108 do Código Penal Italiano que é de 1930, onde fomos buscar, de maneira integral o artigo 64 § 3.º do Novo Código Penal. Vejam-se as críticas de Bettiol⁽²⁰⁾, no ano de 1958, quando afirma que o delinqüente por tendência não encontra correspondência sequer na realidade natural. Veja-se o extraordinário livro de Franco Ferracuti e Marvin Wolfgang — *“Il Comportamento Violento — Moderni aspetti criminologici”*, do ano 1966, onde a violência e o homicídio são estudados em todos os pontos de vista possíveis, desde o sociológico, psiquiátrico e psicométrico, para ficar-se numa incerteza criminológica da anormalidade ou normalidade mental do delinqüente violento, do delinqüente por tendência do Novo Código Penal Brasileiro.

Quanto aos delinqüentes habituais, que no Brasil são os autores de furtos, o que não é uma afirmação radical, mas uma realidade brasileira, temos o mesmo problema, inquietante, pois autores como Mittermaier, Exner e o brasileiro Theodolindo Castiglione⁽²¹⁾, afirmam que nestes tipos de delinqüentes existe uma grande quantidade de psicopatas. O delinqüente habitual fica sem resistência ante às dificuldades da vida, apresentando graves *distúrbios da inteligência e do caráter*, bem conhecidos da psiquiatria criminal, ao contrário do criminoso profissional. É o que afirma Jean Pinatel em 1963 na sua Criminologia (*“Traité de Droit Penal et de Criminologie”* com Pierre Bouzat). Como se situará o juiz criminal no exame da personalidade deste tipo criminológico?

19) Padre Agostinho Gemelli — *“La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici”* — pág. 312 — ed. 1946

20) Bettiol — *“Derecho Penal”* — ed. 1965 — Bogotá — pág. 597

21) Theodolindo Castiglione — *“Rev. Bras. de Direito Penal e Criminologia — Vol. II — pág. 146*

Melhor seria que o novo Código ficasse no exame biopsicossocial, que é a característica metodológica da Criminologia, esta jovem ciência do futuro.

XI — CONCLUSÃO

Não existem teorias acabadas e totais. Tudo se transforma, tudo evolui. As ciências, sejam elas quais forem, têm como base a investigação e por esta razão, elas jamais se acabam ou finalizam. Ficam sempre num constante debate ou pesquisa, em acertos ou desacertos, sempre à procura de novos rumos e novos campos, com o objetivo primordial da verdade. É o que acontece com a Criminologia, ciência procurando afirmar-se sempre, à procura da verdade científica, se podemos chegar a este exatidão científica. A Criminologia busca a perfeição do homem, que é o caminho impossível, mas sempre tentado e sonhado. A Criminologia quer dar uma explicação ou um remédio para a volta da normalidade, tanto individual como social. É o que se propõe esta ciência nova, com os métodos mais diversos, ainda numa confusão metodológica, mas não podendo fugir do estudo do meio circundante e da personalidade, nos aspectos biopsicossocial.

Sendo uma ciência nova, inúteis são os radicalismos, como aquela expressão de Asua, quando afirmou que a Criminologia, no futuro, irá abarcar o Direito Penal.

O Direito Penal deverá ter uma moderna dimensão social ao lado da Criminologia, com uma subordinação da regra penal à necessidade e à utilidade social. É a eterna discussão entre o direito penal retributivo e o direito penal utilitário. O penalista sente, hoje, que não pode ser simplesmente um jurista, discutindo as condições legais da imputabilidade ou os elementos jurídicos do delito, numa técnica unicamente jurídica. Chegamos a uma encruzilhada, indagando se as leis de fundo intimidativo têm condições para paralisar os desajustes sociais.

Daí a razão de necessitarmos de uma Criminologia Brasileira, onde o advogado criminal e os juizes e promotores também, especialmente nas grandes cidades, onde a criminalidade cresce, participem dos fatos, como servidores sociais, contribuindo para uma melhor justiça social. Precisamos de uma Criminologia para que sejam analisados os desvios dos padrões de comportamento com reflexos criminógenos. Temos que examinar as manifestações de criminalidade no Brasil, lutando, sobretudo, pelo início da pesquisa criminológica.

Os clássicos conceitos punitivos, as chamadas sanções retributivas, pela sua ineficácia, têm que ser substituídas por uma nova concepção, de prevenção contra o crime, de combate aos desajustes sociais, de auxílio à infância abandonada, de assistência à família, criando-se uma política social com a planificação do desenvolvimento, examinando-se, com cuidado, os problemas da desorganização social relacionados com a crescente industrialização e urbanização. Impõe-se um fortalecimento da vida familiar e religiosa, com uma política de bem-estar social, mais escolas e habitações, seguro social e participação do público no problema da criminalidade.

Daí a necessidade de uma inter-relação entre o Direito Penal e as ciências sociais, para uma correção das distorções da legislação penal por meio de uma adequada política criminal, tendo a Criminologia (individualizadora e sociológica) como fonte principal na obtenção das causas da criminalidade. A tendência moderna vê no crime um problema de ordem social e criminológica.

Esta é a moderna problemática da Defesa Social e da Criminologia.

A MEDICINA LEGAL E O NÔVO CÓDIGO PENAL

Prof. Olímpio Pereira da Silva.

Meus Senhores:

Quisestes, em ostensivo gesto de generosidade, que a mim coubesse a honra insigne de figurar entre vós, nesta magnífica festa de inteligência que vindes mantendo tôdas as tardes, neste Templo austero de Cultura.

Pena faltar em mim o que sobra em vós: o dom da palavra fluente, a sabedoria polimorfa e consagrada, asas de condor que mercedamente vos eleva aos páramos da eloqüência, onde pairais soberanos, em remígios alta-neiros – para produzir uma peça oratória à altura de tão eruditos ouvintes.

Que se veja na elegância do convite, pois, mais que o reconhecimento de um mérito impossível no orador, uma homenagem à Medicina Legal, irmã gêmea da vossa Ciência, companheira fiel e conselheira sincera em muitas das vossas horas difíceis, no árduo exercício da profissão.

Mas – não obstante a consciência que temos de nossa fraqueza – não nos esquivamos de enfrentar as lanças agudas de vossas críticas, as quais receberemos como outras lições, além das tantas que de vós temos sempre recebido, quer através de leitura, quer de proveitosos diálogos científicos.

A Medicina Legal — esta sim — é a grande homenageada desta tarde, nesta Casa.

Temos escutado com indisfarçável pânico interior, da bôca de alguns “reformadores” de lentes curtas, que a Medicina Legal não é nem arte nem ciência, sim mera disciplina secundária, adjutória, e que, por isto, deveria até ser banida dos currículos do ensino superior.

Vossa presença aqui, pacientemente a ouvir-nos, é a prova mais soberba de quanto errados estão aquêles que menosprezam uma disciplina que, à luz dos nossos dias, cada vez mais se afirma como das mais nobres e necessárias. E neste lance não estais sôzinhos, mas ombreados com pontífices de reputação da matéria internacional.

Camile Simonin, diretor do Instituto de Medicina Legal e Social de Strasbourg, à página 10 de sua “Medicina Legal e Judiciária” diz o seguinte: “A Medicina Legal é uma disciplina particular que utiliza os conhecimentos médicos e biológicos tendo em vista a aplicação de leis penais, civis e sociais. Ela compreende de início o estudo do criminoso, de suas reações anti-sociais, de seus atos, de sua identificação, de sua responsabilidade, de sua reeducação.”

Para os autores italianos Pelegrini e Loro, “a Medicina Legal é ramo das ciências médicas, mediante o qual se estuda, em colaboração com outras disciplinas, a personalidade fisiológica e patológica do homem, em relação ao direito codificado e constituendo, aos costumes, às normas religiosas e morais de uma época”.

Frederico Castejon, jurista madrileno, em conferência proferida perante o I Congresso Espanhol de Medicina Legal, em 1949, transcrita na *Revista de Psiquiatria e Criminologia*, daquele país, sustentou que “através das variadas concepções da Medicina Legal, desde aquela que a limita à perícia médico-judicial, à que abrange a ciência total de Medicina Legal e Social, chega-se à conclusão de que assim como a necessidade de conhecimentos psiquiátricos nos juristas é princípio incontrovertido em direito penal, do mesmo modo vai se afirmando a idéia de que a justiça penal, para ser eficaz, tem de ajuizar a personalidade total do delinqüente, que não pode ser exatamente apreciada e julgada sem que, com a alta missão do magistrado, cooperem diversos técnicos legistas, não como auxiliares, mas como colaboradores”.

Vicenzo Mário Palmiére, eminente Professor da Universidade de Nápoles, em seu livro “Lições de Medicina Legal”, editado em Firenze, em 1950, escreve o seguinte: “A Medicina Legal estuda o homem no seu complexo psicológico e orgânico, não só como ser vivente singular, mas como ser social, e nas suas relações com o resto da humanidade. A ela se deve, preferentemente, tenha o estudo do delinqüente precedência sôbre os dos elementos objetivos do delito.”

Também Etienne Gay — o clássico mestre de Bordéus —, no seu livro “A Medicina Legal dos Delinqüentes”, páginas 152/153, assim se expressa: “Quando um crime é cometido, a Medicina Legal não se deve ocupar sômente da perícia física da vítima, mas, também, do exame mental do criminoso.”

Com ponto de vista semelhante apresenta-se o professor colombiano Guilherme Uribe, à página 9 do seu livro “A Medicina Legal e suas Projeções Atuais”: “Tratando a Criminologia do que se refere ao delito e à pena, poderia perguntar-se: e a Medicina Legal, que intervenção tem nesses problemas, à

primeira vista ligados exclusivamente ao direito penal? É importantíssima a colaboração da Medicina Legal no que toca às ciências criminológicas. É ela, pode dizer-se, que investiga as causas do crime e dita as normas científicas de profilaxia criminal.”

Para Prunele, “a Medicina Legal é o conjunto de todos os conhecimentos físicos e médicos que podem dirigir as ordens de magistrados na aplicação e na concepção das leis”.

Para Briand e Chaudé, “a Medicina Legal é a medicina e as ciências acessórias consideradas em suas relações com o direito civil, criminal e administrativo”.

Buchner considera-a “a ciência do médico aplicada com a finalidade da ciência do direito”.

Orfila define-a como “o conjunto de conhecimentos físicos e médicos próprios a esclarecer os magistrados em soluções de muitas questões concernentes à administração da justiça e a dirigir os legisladores na elaboração de certo número de leis”.

Na galeria dos mestres nacionais, falaram e falam nesse mesmo tom Souza Lima, Nina Rodrigues, Oscar Freire, Afrânio Peixoto, Pôrto Carrero, Flaminio Fávero, Almeida Júnior, Estácio de Lima, Alcântara Machado, Nilton Salles, Leonídio Ribeiro, Hélio Gomes e tantos outros.

Assim, como disse o pranteado professor catarinense Madeira Neves, “seria beirar ao absurdo atribuir à Medicina Legal apenas o exame de um cadáver resultante de um homicídio e negar-lhe a verificação da pessoa do autor e a possível explicação que possa encontrar para a conduta anômala desse autor, por força dos elementos coletados no esmiuçar a figura humana que delinuiu”.

De fato, a Medicina e o Direito, no seu sentido mais puro e mais belo, visam ao mesmo fim.

Uma cuida dos males sociais, e outra, dos males físicos que assolam e flagelam a humanidade.

A Medicina e o Direito — pode-se afirmar sem irreverência e receio da menor restrição dos divorcistas... — são o casal mais puro e leal que há no mundo... Casaram-se no princípio da Humanidade.

Desde quando os primeiros homens se reuniram em grupos, ambas essas ciências se juntaram para servi-los, quer nos males psicossomáticos, quer nos males morais, e nos arroubos da agressividade, oriundos dos conflitos inter-individuais.

É verdade que os métodos de tratamento, desde os de Talião até aos de hoje, mudaram consideravelmente. Mas para a melhoria gradativamente crescente muito contribuiu — ou somente contribuiu — a indissolúvel união dessas ciências.

Já naquelas sociedades avoengas a justiça, a medicina e a religião se confundiam nos seus propósitos de bem servir ao homem. No que se refere à participação do médico nas questões do direito, já encontramos referências

e dispositivos nas leis sumerianas e no Código de Hamurabi, esculpido para a eternidade numa página de pedra, datado de mais de dois mil anos antes de Cristo.

Dispositivos semelhantes são encontrados nas leis de Manu e de Moisés. “Entre os gregos,” — afirma Clóvis Meira — “férteis em imaginação e sabedoria, vamos encontrar entre suas figuras mitológicas a de Apolo, adorado no santuário de Delfos, colocado como uma das mais poderosas divindades e considerado o deus da medicina, pelo poder que possuía de curar os enfermos e dizimar a peste que devastava os rebanhos. Segundo Martin Nilsson, foram as tradições ao seu culto que despertaram e criaram um maior respeito pela vida humana, em épocas conturbadas. Estabelecendo regras morais, através das purificações, aboliram as penas privadas até então em uso, transferindo para o Estado o poder de aplicação do castigo legal. Sobre o frontão de seu Templo lia-se a seguinte inscrição: “Aquêle que não trazer as mãos puras não se acerque daqui.” Segundo êstes princípios, o crime praticado ofendia e ultrajava o próprio Deus, e o criminoso, tendo maculado suas mãos com o sangue do seu próximo, deveria expiar a sua culpa morrendo em holocausto à mesma divindade. É o deus da medicina, com raízes na religião e na moral, firmando as normas de direito.”

“Que são os aforismas de Hipócrates e o seu magnífico sermão senão fontes inesgotáveis de pureza, de sabedoria, de medicina e de direito?”

Não é nos seus trabalhos e nos de Aristóteles que vamos encontrar os fundamentos das reformas judiciais levadas a efeito desde os tempos de Severo, Antônio e Marco-Aurélio?”

Segundo François Emmanuel Foderé, foram os sábios da Grécia que “reuniram a ciência da legislação e da moral às leis da física animal e ao conhecimento do coração humano, legando-nos os alicerces do vasto edifício que ainda hoje abriga a felicidade dos povos”.

“Com Justiniano e o aparecimento do Código, das Institutas e do Digesto, organizados por Treboniano por ordem do Imperador, inúmeros dispositivos foram catalogados no Digesto decalcados nos trabalhos de Hipócrates e Aristóteles, estabelecendo a participação direta dos médicos no exame das feridas, nos casos de aborto, de prenhez e parto.

Dispositivos semelhantes, inclusive determinando que os juízes se apoiassem nos pareceres médicos, vamos encontrar nas Capitulares de Carlos Magno.”

No próprio Direito Canônico, nas Decretais de Inocêncio III, Gregório IX e Gregório XIII existem dispositivos exigindo exame minucioso dos fatos nas investigações médico-legais e estabelecendo a indissolubilidade do casamento.

Nos casos de dissolução do vínculo por defeito instrumental, vamos encontrar nos trabalhos do médico Gui de Chauillac, estudando a Côte dos Papas de Avignon, em 1363, descrições minuciosas sobre as provas da conjunção carnal.

Na Alemanha também, ao tempo de Carlos V, a Assembléia de Ratisbona promulga o Código Criminal Carolino, contendo vários dispositivos referentes às feridas, aos assassinios, ao infanticídio e ao aborto.

Valha como preito de agradecimento, pelo relêvo que deram à especialidade médico-legal, robustecendo-lhe a essência e entrosando-a com a alta ciência do Direito, os nomes imortais de Fortunatus Fidélis, Filipo Ingrassia, Paulo Zacchias, Chauliac, Raymond Chalin de Valério, Ambroise Paré, Brunner e Casper, Strassman, Zilno, Kraft-Ebing, Brouardel, Lacassagne, Legard du Saulle, Orfila, Tardieu, Angiolo Filípi, Leoncini, Borri e tantos outros.

E também aos sábios legisladores pátrios, pela acolhida que têm dado à modesta e respeitosa intervenção dos legistas brasileiros, na modificação e até na abolição de certos dispositivos do nosso Código, como é de ver-se agora mesmo, com a retirada do Código prestes a entrar em vigor, das figuras da “aceleração do parto”, do artigo 129, e da “influência do estado puerperal”, do art. 125 do Código ainda vigente, pelas razões de sobra conhecidas.

* * *

Passemos agora, embora de modo perfunctório, à apreciação de alguns artigos do novo estatuto penal, nos quais a Medicina Legal intervém de modo objetivo, para o esclarecimento dos Senhores Magistrados, na solução de muitos problemas de natureza jurídica.

ART. 31 — INIMPUTÁVEIS:

Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento, em virtude de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Não dá o código uma definição positiva de imputabilidade. Ela existe quando o agente possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e a capacidade de se determinar de acôrdo com êsse entendimento. Ainda mais, exige o código que a capacidade de entender e de querer coexistam, contemporaneamente à ação ou omissão, só deixando de existir quando estejam suprimidas no agente, por ocasião do crime, as faculdades psíquicas do entendimento e da vontade. Dentre as condições que anulam a imputabilidade criminal figuram as doenças mentais, a embriaguez completa ou fortuita, as formas mais graves de oligofrenias (cretinismo e imbecilidade). Vale dizer que os estados patológicos da mente, via de regra, suprimem a imputabilidade. Admite, ainda, a lei que a imaturidade dos menores de 18 anos de idade, também, exclui a imputabilidade penal, a não ser nos casos em que êstes, sendo maiores de 16 anos, revelem suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acôrdo com êste entendimento (art. 33).

A doença mental abrange todos os transtornos psíquicos, sejam êles de causas orgânicas, físicas ou funcionais. O conceito de doença mental não se restringe aos casos de verdadeiras enfermidades psíquicas, como as esquisofrenias, psicoses maníaco-depressivas etc.; abrange qualquer condição que se acompa-

nhe de um grave transtorno das funções intelectiva e volitiva. A função volitiva subordina-se à esfera dos motivos que determinaram a ação ou omissão e deve ser entendida como a capacidade de inibir ou levar o indivíduo à execução de um ato escolhido entre dois ou mais impulsos. Atribuem-se ao querer quatro etapas: evocação de motivos, deliberação, decisão e execução. É, portanto, imputável o homem normal, mentalmente sã e mentalmente desenvolvido, e inimputável o doente mental, pois neste o equilíbrio das faculdades de pensar, sentir e querer, que rege a conduta diária, está gravemente perturbado.

Há certa diferença de conceito entre imputabilidade e responsabilidade. A imputabilidade significa que o indivíduo pode ser responsabilizado por um delito, pois possui sanidade mental. A responsabilidade significa que o indivíduo pode cumprir uma sentença, se praticou um delito. O indivíduo normal (mentalmente) é imputável, logo é responsável. Cabe à Medicina Legal determinar se o indivíduo é imputável ou não, e ao juiz se é responsável ou não. Um indivíduo quando age em legítima defesa e comete um crime é imputável, mas irresponsável.

CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DA IMPUTABILIDADE:

1) Critério biológico — consiste na comprovação da existência de doença mental como, por exemplo, a epilepsia, a psicose etc. É critério insuficiente.

2) Critério psicológico — é a separação, distinção entre o intervalo lúcido do doente mental (exemplo: epilético fora da crise) e o período de recidiva da crise (exemplo: crise epilética), considerando, então, o sujeito normal e imputável fora das crises e inimputável quando em crise. É, também, um critério insuficiente.

3) Critério biopsicológico — é o atualmente aceito. Exige uma duplicidade de condições:

- a) capacidade de saber se é crime ou momento intelectual (ausente em doentes ou perturbados mentais e indivíduos com desenvolvimento mental incompleto);
- b) capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento no momento volitivo (pode haver no indivíduo controle incompleto de suas vontades no momento do crime).

Por esse critério o indivíduo será, então:

- totalmente incapaz;
- parcialmente incapaz; e
- normal.

ART. 40 — Estabelecimento penal aberto:

As penas de reclusão e de detenção podem ser cumpridas em estabelecimento penal aberto, sob regime de semiliberdade e confiança, desde que o condenado seja primário e de *nenhuma ou escassa periculosidade* e a duração da pena não seja superior a 6 anos.

Muito oportuna foi a introdução no novo código penal do cumprimento das penas em estabelecimento penal aberto, pois este regime assinala o aparecimento de um novo tipo de filosofia punitiva essencialmente preventivista e ressocializadora, tendo por base a individualização e a terapia penitenciárias, sendo o tratamento penitenciário baseado na confiança, capaz de criar sentimentos de responsabilidade e autodisciplina na população reclusa. A dificuldade de execução de tal medida legal decorre da seleção dos detentos. Esta deve ser rigorosa, implicando na individualização ou personalização da pena e deverá efetuar-se com critério criminológico, através um estudo biopsicossocial do recluso, levando-se em conta a sua atitude e aptidão, a fim de que o regime possa ser benéfico à sociedade.

Segundo o Dr. Elias Neuman, autoridade incontestada no assunto, três são as condições fundamentais para uma eficaz seleção:

- 1) ter presente que nem todos os reclusos são aptos a ingressar neste regime;
- 2) ter em conta a existência de institutos de biotipologia criminal e de classificação de delinquentes;
- 3) prescindir dos critérios tradicionais de seleção, baseados no delito cometido, na penalidade imposta ou nas categorias legais.

Tão importante como a seleção dos reclusos é a seleção do pessoal que trabalha no estabelecimento, fato esse que influirá decisivamente no correto desenvolvimento e missões do regime. Estes devem possuir sólida vocação assistencial.

Vantagens desses estabelecimentos:

- a) melhoria da disciplina
- b) melhoria de saúde física e mental
- c) facilitam as relações com o mundo externo e a família
- d) são menos onerosos
- e) possibilitam a reintegração posterior do doente no meio social
- f) o trabalho que se efetua nesses estabelecimentos pode integrar-se na economia nacional
- g) remuneração do interno e proteção à sua família
- h) possibilitam a solução do problema sexual carcerário

Inconvenientes e riscos:

- 1) evasões
- 2) as relações com o mundo exterior e dos condenados entre si
- 3) diminuem a função intimidatória da pena

ART. 52:

Para fixação da pena privativa da liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, *os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.*

Vale aqui ressaltar a necessidade imperiosa da criação de um Instituto de Investigação Biopsicossociológica para o estudo detalhado da vida progressa do réu, a fim de que possa o juiz, através de critérios científicos, ter base na fixação da pena imposta. De outra maneira ficará o magistrado à mercê dos elementos colhidos no processo, sempre ou quase sempre falhos e que não retratam com exatidão as questões necessárias à fixação da pena.

A implantação de tal critério satisfaz, ainda, ao diagnóstico do criminoso habitual ou por tendência (art. 64), além de resolver o problema da seleção dos reclusos destinados aos estabelecimentos penais abertos (art. 40).

TÍTULO I — *Dos crimes contra a pessoa*Capítulo I — *Dos crimes contra a vida.*Art. 121 — *Homicídio simples:*

A presença da Medicina Legal se faz sentir no exame do cadáver, em que o perito legista deve fornecer subsídios para o diagnóstico da causa jurídica da morte, além de propiciar ao magistrado elementos para melhor elucidação do delito, fornecendo elementos qualificantes e excludentes.

A mesma função exerce a Medicina Legal nos casos dos arts. 124 e 130, referentes à provocação de abôrto, sendo que nestes casos o exame se estende, também, ao produto da concepção, cabendo ao perito a diferenciação entre o abôrto provocado e o abôrto natural.

No que concerne ao art. 132, relativo às lesões corporais, trouxe o novo código inovações dignas de destaque.

A primeira foi a retirada da aceleração de parto, terno esse inadequado e que tomado ao pé da letra foi, durante toda a vigência do código, praticamente inconsistente. O que ocorria, por vezes, era a antecipação do parto, fato mais benéfico do que nocivo, não devendo, desta forma, ser passível de pena.

A segunda foi a mudança do termo "deformidade permanente" por "deformidade duradoura". Quer nos parecer que a segunda conceituação melhor atende aos altos interesses da Justiça.

ART. 239 e ART. 240 — Referentes a ESTUPRO e ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR:

Nestes artigos a Medicina Legal intervém no exame da mulher, no primeiro caso, para verificação da conjunção carnal e na determinação da idade, caso não haja documentos comprobatórios da mesma; e no exame mental da vítima, para verificação da possível violência presumida.

No segundo caso, limita-se a Medicina Legal ao exame da vítima para verificação do ato libidinoso.

ART. 243 — Referente à SEDUÇÃO:

O exame médico-legal limita-se à verificação da conjunção carnal praticada e ao exame mental da vítima.

ART. 244 — Relativo à CORRUPÇÃO DE MENORES:

Cabe à Medicina Legal o exame da vítima para verificação da sua idade, como também para verificação do ato libidinoso.

ART. 257 — Referente à PRÁTICA DE ATO OBSCENO:

Cabe à Medicina Legal o exame psiquiátrico do agente para avaliação da sua possível inimputabilidade.

Finalizando, somos de parecer que, para melhor apreciação do delito pelos magistrados, deveriam, também, constar do código dispositivos específicos sobre a personalidade da vítima, pois esta desempenha papel de grande importância no desencadeamento do delito, constituindo o seu estudo um dos ramos da criminologia, chamado VITIMOLOGIA. Ainda há poucos meses, durante a realização do Segundo Congresso Brasileiro de Medicina Legal, realizado em Curitiba, tivemos a oportunidade de, sobre o assunto, juntamente com o Professor Alves de Menezes, apresentar uma nota prévia, subordinada ao título "DELITO, DELINQUENTE e VÍTIMA", da qual passaremos a tecer algumas considerações.

Primeiro, era só do crime que se cogitava.

Talvez pela repercussão escandalosa que o mesmo causava no seio da coletividade.

Certamente por falta, em épocas anteriores, de suficiente lastro científico, *olhavam, tão-sòmente, o vulto e as características do evento ilícito, ao qual davam uma importância desusada, preocupando-se mais com o tipo do delito do que com o psicotipo do criminoso.*

Preocupavam-se mais com a "unidade crime" do que com a generalidade *criminógena*, oriunda da interligação *homem-meio*, ou irrompida de dentro do próprio homem, ou seja, a *causalidade endógena*, de que se deve ocupar a antropologia criminal. E, como castigo, adotavam as penas mais cruéis, como

é de ver-se nos vocábulos jurídicos de muitas codificações antigas. Estas, para impedirem o livre trânsito das atitudes anormais da conduta individual, construíam suas lanças combativas com a mesma substância indesejável de que se estruturavam aquelas atitudes. Para matar o *mal ilegal* prescreviam o veneno do *mal legal*. Para punir um crime, cometiam outro crime, ainda maior. Os afogamentos, as amputações de membros, as estigmatizações com ferretes ao rubro, as castrações etc. são símbolos brutais dessas penas desumanas.

Depois, passou-se a cogitar do criminoso.

Isso deve ter tido início — embora sem intenção propositadamente dirigida para os alvos criminológicos — uns cinco séculos antes de Cristo, quando o grito de Sócrates “Conhece-te a ti mesmo” quebrou a rigidez das concepções fundamentalmente animistas até então reinantes e fez o homem voltar os olhos para dentro de si próprio.

A *vida* tinha de ser pesquisada em sua essência. Se o homem é uma forma organizada, embora transitória, algo haveria de estar por trás de sua constituição, animando-lhe as ações, o pensamento, a razão, a consciência. Urgia penetrar nos esconderijos dos fatos mentais. Urgia abandonar os aspectos formais e coloridos do mundo exterior, já de sobra captados pelas antenas sensoriais, e invadir os recessos da realidade interior, para desvendar os panoramas desconhecidos da paisagem subjetiva.

Com o decorrer dos anos, os pensadores mais evoluídos foram aprofundando cada vez mais essa ciclópica tarefa de penetração psicológica.

A alma de que antes se cogitava era a descrita pela concepção teológica, ou seja, uma alma divina, extracorpórea, extraterrena, imponderável, que se instalava na carcaça corporal e passava a comandá-la.

Não era uma *alma-idéia*, uma *alma-consciência*, uma *alma-pensamento*, uma *alma-inteligência*, uma alma “substância que tem a faculdade de mover-se por si mesma”, na concepção platônica, uma alma atributo da própria matéria, sem a qual não existe, mas uma *alma-abstração*, fluídica, que, com a morte, evola-se do corpo, leve e transparente, e segue, de acordo com seu merecimento, rumo às blandícias do céu ou às forjas do inferno...

Quanto mais submergiram os psicólogos nos pégagos da alma humana, mais surpresas foram encontrando e trazendo à tona.

Quanta riqueza, então, surgiu desses mergulhos biopsicointrospectivos?!

Descobriram-se os segredos e os problemas do mundo interior do homem; as motivações de suas reações face às suas condições psíquicas, morais, religiosas, sociais; que a má ação, muitas vezes, é uma verdadeira catarse violenta e abrupta da alma, que pode ser comparada à explosão de uma bomba de profundidade encarcerada no gradil de uma afetividade complexada; que o que

vale é toda uma vida e não um só minuto: o minuto do crime; que o delito resulta do atendimento, por parte das intrínsecas imperfeições do homem, aos apelos dos estímulos nocivos do meio; que na vida espiritual de todo ser humano existe uma estrutura constituída por duas ordens de fatores: fatores crimino-impelentes e fatores crimino-resistentes — que se mantêm em permanente atividade e agem em estreita e perfeita consonância com os estímulos do meio ambiente; que por intermédio dessa dinâmica silenciosa é que se plasmam, profundamente, e chegam, depois, à superfície todos os atos constitutivos de sua conduta exterior; que em todo homem há um lastro inferior de tendências criminógenas, uma certa criminalidade latente, que eclodirá, ou não, a qualquer momento, conforme um ou outro daqueles dois grupos de fatores atendam ou não às solicitações do meio ambiente; que só “a Moral, através de suas duas faces — a Moral teórica, intelectual, e a Moral afetiva, de natureza puramente ética” —, pode manter o equilíbrio dessas forças endógenas e exógenas, evitando a explosão do ato anti-social.

Hoje, além do criminoso, está em voga a própria vítima, como exercendo papel preponderante na eclosão dos delitos.

A clássica acepção da palavra *vítima*, significando a parte negativa de um crime a dois, três ou mais, aquela que sempre perdia e sobre a qual incidiam os sentimentos de piedade do espectador, está perdendo terreno, se já não o perdeu de todo.

Sabe-se, agora, que a vítima é partícipe ativa na efetivação de um delito; que é, quase sempre, a insufladora do crime no qual leva a pior parte.

Devido a condições peculiares ligadas à sua própria personalidade (ou à projeção dessas peculiaridades sobre a pessoa do seu desafeto), como que encerra em si mesma aquilo que Roberto Lyra denomina de “periculosidade preparatória da criminalidade”, quando se refere a um dos objetivos de que cogita a Sociologia Criminal.

Segundo o pensamento atual, para cada indivíduo existe um risco de ser vítima de um crime singular ou de um tipo determinado de agressão criminal.

Os graus desse risco, obviamente osciláveis, demarcam as várias probabilidades de o indivíduo se constituir em vítima de agressão delituosa. Estas probabilidades dependem de uma série de predisposições vitimógenas e de fatores externos ou atualizantes, série esta que aumenta ou diminui, segundo a presença ou a ausência dessas predisposições ou desses fatores num determinado momento, lugar e situação em que se encontra o indivíduo.

Também essas probabilidades não são iguais para todos os indivíduos, nem constantes para o mesmo indivíduo, sofrendo diversas flutuações no tempo e no espaço.

As predisposições vitimógenas podem intervir na criminogênese de vários modos, a saber:

- A — Predisposições vitimógenas que incitam o criminoso a atuar:
- são as predisposições que inspiram ao criminoso a idéia do crime; que despertam ou excitam nêle a tendência criminosa latente; que reacionam como estimulante sôbre suas inclinações criminosas e precipitam, assim, o crime.
- B — Predisposições que incitam o criminoso a eleger a vítima:
- são aquelas que fazem a pessoa mais atraente aos olhos do criminoso; são as pessoas mais expostas ou menos protegidas, qualidades essas que as tornam objeto propício à agressão, dirigindo, assim, a eleição do criminoso em direção delas.
- C — Predisposições que facilitam a tarefa do criminoso:
- são aquelas que debilitam ou diminuem a resistência da pessoa; que limitam o seu juízo crítico, tornando-a cega ao perigo ou menos prudente, ou, ainda, as que neutralizam o seu sentido de vigilância.

Há três tipos de vítimas: a determinada, a selecionada e a acidental.

Determinada é aquela vítima que representa um valor negativo para o criminoso, e que somente com a sua eliminação soluciona o conflito do criminoso. Esta vítima é o centro do conflito em tórno do qual gravita a situação criminogênica. Exemplo: infanticídio e uxoricídio.

Selecionada é aquela vítima escolhida pelo criminoso, pelo adrede conhecimento por parte dêste de condições na vítima que lhe despertam algum interêsse particular. Exemplo: latrocínio.

Por fim, a acidental é aquela em que a pessoa se converte em vítima sem ter contribuído para tanto. Exemplo: um assalto.

A legislação penal atual reconhece, em caráter excepcional, o papel da vítima no delito, chegando até a considerar no crime fatores atenuantes, como, por exemplo, a legítima defesa e a provocação.

Tal fato já demonstra a sensível tendência do legislador penal para dar o devido relêvo à Vitimologia.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Azzat Abdel Fattar, "Los Factores que Contribuyen a la Elección de la Víctima en el Caso del Crimen" — tese de Doutorado. Universidade de Montreal, 1968.
- 2) Hernald, A., "Psicología del Crimen", Paris, Payat.
- 3) Lagarg, I., "Derecho Penal Canadiense", Montreal, Wilson et Lafleur, 1962.
- 4) Kimberg, O., "Los Problemas Fundamentales de la Criminología", Paris, 1960.
- 5) Ferracuti, "La Personalidad del Homicida", Quaderni di Criminologia Clínica, 1961.
- 6) Meldeissohn, B., "La Victimologie", Revue Française de Psychanalyse, Presse Universitaire de France, 1953.
- 7) Lyra, Roberto, "Criminologia", 1.ª Edição, 1964, Brasil.
- 8) Ferraz, João de Souza, "Os Fundamentos da Psicologia", 1ª Edição, 1949.
- 9) Alves, Roque de Brito, "Dinâmica Criminal", Recife, Brasil, 1954.
- 10) Neves, J. Madelra, "Da Observação Prévia na Personalização da Pena", Florianópolis, Brasil, 1954.

DIREITO PENAL DO TRABALHO

(NOTAS PARA UMA CONFERÊNCIA)

PROF. EVARISTO DE MORAES FILHO

I — *Conceito e autonomia* — L. De Litala, *Diritto Penale del Lavoro e della Publica Economia*, Torino, 1939, págs. 38/39, afirma que o direito penal do ordenamento econômico corporativo adquire *status* de cidadania no sistema da lei penal. Cita em apoio de suas palavras o Relatório ministerial sobre os crimes contra a ordem do trabalho, no qual se denunciava a tendência de considerar o conjunto das normas penais relativas à disciplina do trabalho como um ramo particular do direito penal geral.

Admite De Litala a denominação de direito penal do trabalho e da economia, diante deste complexo de normas de natureza penal, segundo ele encaradas todas sob uma visão unitária pelo legislador italiano, regulando o conjunto dos fenômenos da economia, tutelando-os como interesse público e como fator e instrumento da produção nacional. E depois: “Não se chega a dizer, porém, que o direito penal do trabalho e da economia possa constituir uma ciência autônoma do direito, à qual faltariam os requisitos verdadeiros e próprios, mas pode-se bem considerar como uma parte especial dos ramos mais vastos da ciência, tanto do direito penal, como do direito do trabalho ou do direito corporativo”.

O. Vannini, *Diritto Penale del Lavoro*, in U. Borsi e F. Pergolesi, *Trattato di Diritto del Lavoro*, vol. IV, Padova, 1939, págs. 271/273, também não chega, em nenhum momento, a levantar a bandeira da autonomia do direito penal do trabalho, apesar de ser autor de estudos especiais sobre a matéria. Define-o, em sentido estrito, como “um complexo de normas jurídico-penais que regulam a tutela da economia pública através da incriminação das atividades individuais tendentes a alterar arbitrariamente as relações entre capital e trabalho e também a ordem e a disciplina do trabalho, com relativo e conseqüente perigo ou dano para o andamento normal da produção”.

E. Krotoschin, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, vol. II, Buenos Aires, 1948, pág. 305, assim conceitua o que seja a matéria do nosso exame: “Por direito penal do trabalho entende-se todo o conjunto de normas jurídico-penais, de caráter repressivo, destinadas a defender, em primeiro lugar, a ordem jurídico-trabalhista pública contra atividades individuais que alterem arbitrariamente esta ordem.”

Negamos a autonomia de um possível “direito penal do trabalho”. Concor damos inteiramente com a opinião de Giuliano Mazzoni e A. Grechi quando es-

creve o primeiro — *Corso di Diritto del Lavoro*, Bologna, 1949, pág. 17: “As normas publicísticas do direito do trabalho são freqüentemente garantidas por sanções penais que visam a assegurar a tutela e a ordem do trabalho, seja por parte dos indivíduos, seja por parte das associações sindicais.

Algumas vêzes estas normas vêm colocadas no Código Penal, outras vêzes são contidas em leis especiais; mas tanto em um caso como em outro, podemos admitir que fazem parte mais do sistema do direito penal do que do sistema do direito do trabalho, do qual representam a garantia.

Fala-se, contudo, de “direito penal do trabalho”, expressão imprópria, já que seria muito mais exato referir-se a normas de tutela penal do trabalho.” Perfeito, nada a acrescentar.

G. Mazzoni vai repetir estas mesmas palavras no seu recente *Manuale di Diritto del Lavoro*, 3ª ed., Milano, 1969, pág. 18.

Em nenhuma parte foi defendida a autonomia científica ou mesmo legislativa dêste suposto direito penal do trabalho. Entre nós, no entanto, vamos encontrar um escritor, embora isolado, o nosso saudoso colega e amigo Jorge Severiano Ribeiro, que defende a autonomia, pelo menos legislativa, da doutrina de sua preferência. Pregava o talentoso jurista a criação de um direito penal do trabalho especial, à imitação do direito penal militar. Cf., *Dos Crimes e das infrações no Direito do Trabalho*, Rio, 1945, págs. 214/215.

Ainda sôbre o tema, podem ser vistos: Tancredi Gatti, *Diritto penale del lavoro*, Torino, 1930; T. Gatti, *Sviluppo storico del diritto penale del lavoro*, in *Giustizia Penale*, fasc. IX, 1936; Alfonso Sermonetti, *I delitti contro l'ordine del lavoro nel nuovo codice penale*, Roma, 1931; Alfredo del Vecchio, *Delitti contro l'ordine del lavoro*, Milano, 1937.

2 — *A denominação do Título IV do Código de 1940* — Como se sabe, o Código Penal Brasileiro de 1940 inspirou-se de perto no modelo Rocco, e a razão é bem simples: vivíamos o mesmo clima corporativo de organização da economia. Colocamos assim, pela primeira vez em nossa história, um título especial (Tit. IV, arts. 197-207) atinente aos “crimes contra a organização do trabalho”. Um de seus autores, Nelson Hungria, não escondeu a sua ojeriza pelo regime liberal-democrata, declarando como velharia romântica a antiga classificação de crimes contra a liberdade do trabalho. A nova denominação, à maneira corporativa, incluía em seu âmbito todo o edifício da organização estatal do trabalho, da economia dirigida, da democracia autoritária (como se dizia à época), tendo em vista mais o conjunto de interesse estatal do que propriamente a figura isolada dos indivíduos. Em suas palavras — Nelson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, *Comentários ao Código Penal*, vol. VIII, 2ª ed., Rio, 1954, págs. 19/20: “No Código de 1890, os crimes de que ora se trata figuravam como subespécie dos crimes contra a liberdade (“contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”), sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade do trabalho”. O Código atual, entretanto, preferiu destacá-los em título autônomo, sob o rótulo “Dos crimes contra a organização do trabalho”. Justificando a inovação, assim se exprimiu o Ministro Francisco Campos, na *Exposição de Motivos* que acompanhou o projeto definitivo do Código: “A proteção jurídica já não é concedida à *liberdade do trabalho*, propriamente, mas à *organização do trabalho*, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do *bem comum de todos*.”

Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, seja de direito administrativo, seja de direito penal.”

Pouco antes escrevia o mesmo Ministro da Justiça: “Este critério de classificação (do Código de 1890), enjeitado pelo projeto, afeiçoa-se a um postulado de *economia liberal*, atualmente desacreditado”... “Ora, semelhante programa, que uma longa experiência demonstrou errôneo e desastroso, já não é mais viável em face da Constituição de 37”.

3 — *Direito penal e direito político* — Em nenhum outro assunto cabem tanto as exatas palavras de Enrico Ferri como neste de direito penal do trabalho: “Haverá tanto menos justiça penal quanto mais houver de justiça social.” Anos depois escreviam dois tratadistas, Luiz Jimenez de Asúa e José Antón Oneca, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, Madrid, 1929, vol. I, pág. 23: “Hoje, como ontem, mostra-se a relação entre o direito penal e o político.”

Se isso pode ser dito de modo geral, facilmente demonstrável através da história, constituem os regimes autoritários de todos os matizes exemplos típicos, perfeitos, de aula, dos fins político-econômicos em vista. Arturo Rocco, autor do projeto do Código Penal italiano de 1930, tinha a seguinte concepção do direito penal, *apud* Mario Bergamo, *L'Etat barbare*, Paris, pág. 93: “O direito de punir é um direito de conservação e de defesa próprio do Estado e não somente um direito de defesa social... Não é verdade que o indivíduo seja o fim de toda a vida e de toda a atividade social, porque, de fato, ele não é senão um elemento infinitesimal e passageiro do organismo social.”

Seria impossível encontrar melhor trecho das confissões totalitárias de um legislador penal. O direito penal do trabalho, por suas origens, então, é um título político por assim dizer, dentro do Código Penal. Donnedieu de Vabres, *La Politique criminelle des Etats Autoritaires*, Paris, 1938, pág. 23, cita esta frase do mesmo Rocco: “O nosso Código Penal é um código político.” G. Radbruch, na sua *Filosofia do Direito*, trad., São Paulo, 1934, págs. 239 e seguintes, bate na tecla: “O memorial que acompanha o novo Código Penal italiano começa, com efeito, por invocar expressamente a concepção fascista do Estado como organismo nas seguintes palavras: “O Estado já não se apresenta como a soma aritmética dos indivíduos que o compõem, mas como o resultado, a síntese e o todo formado pelos indivíduos, grupos e classes que o representam, com uma vida própria, com fins próprios, com necessidades e interesses seus, que excedem em duração e extensão os desses indivíduos, grupos e classes e abarcam tanto as gerações presentes como as futuras.”

É de todo impossível ser mais claro... Vê-se bem a reviravolta conceitual dos crimes contra a liberdade do trabalho, do século XIX, para os crimes contra a organização do trabalho, do século XX. Naqueles, como que os destinatários imediatos da norma penal eram os indivíduos, e os mediatos o Estado; nestes, dá-se exatamente o oposto. O interesse passa a ser do Estado, do Poder público, do sistema, passando os indivíduos, os grupos, as classes, as pessoas a um plano secundário. Esta a realidade; o resto é romantismo, como dizia Hungria.

4 — *Dos crimes contra a liberdade do trabalho* — Com os ideais individualistas e liberais da Revolução Francesa, expostos em mais de um documento histórico — Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, Lei Le Chapelier e no Código Penal de 1810, arts. 414/416 — passou-se a punir a coalizão e a

greve em si mesmas (na França até 1864), como delitos de coação da maioria contra a liberdade de trabalho de alguns. Se todos tinham o direito de trabalhar como e onde lhes aprouvesse, sem que ninguém lhes pudesse turbar o efetivo exercício desta liberdade, como permitir-se o aliciamento, a pressão e as intimidações a favor da paralisação do trabalho? Apesar de tudo, a inspiração de tal delito é nobre e elevada, não há negar, pois, em nome da liberdade geral e irrestrita de trabalhar como um direito natural de todos.

Exatamente por isso, desde Carrara — com von Listz, Guetta, Di San Giuliano, Mase Dari, Laschi, Arena, Cevelotto, Isoldi, Manzini, De Notaristefani, Turati, Civoli, Tuozzi, Lowenfeld, Brentano — endereçam alguns autores, talvez a maioria, cerrada crítica aos códigos penais, oriundos do francês de 1810, que destacam os crimes contra a liberdade do trabalho como uma categoria à parte, especial de delitos singulares. Acham eles que bastavam as simples disposições do direito comum para proteger esta espécie de liberdade, que nada mais é do que uma das manifestações, a principal e mais importante, da própria liberdade individual.

Nos primeiros anos do século, escrevia Mario Cevelotto, *I Delitti contro la libertà del lavoro nel Diritto Penale Italiano*, Torino, 1911, pág. 68: “Para nós, pois, em conclusão, qualquer crime cometido com o fim de violar a liberdade de trabalho de outrem deveria incidir nas sanções do direito comum; e as disposições especiais do nosso Código não seriam por isso, a um exame estritamente jurídico, aceitáveis.”

Citava êle em seu apoio as palavras de Carrara, que virão a ser sempre repetidas mais tarde: “O fato da greve está sempre sujeito a punição própria, ou como violência pública se ocasionou desordens, agitações ou tumultos, ou como ameaça, ou lesão, ou violência privada, quando tais sejam os meios usados para induzir os companheiros à greve. Eis as irretorquíveis observações com as quais se combate a conveniência dêste título de delito.”

Dos que temos em mãos, no mesmo sentido: E. Florian, *Trattato*, vol. III, *Delitti contro la libertà*, 2ª ed., Milano, 1923, páginas 187 e segs.; V. Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. VIII, Torino, 1948, págs. 586 e segs. Em nova edição, já de acôrdo com o Código Rocco, Milano, 1936, volta Florian a repisar os mesmos argumentos da edição anterior, com farta bibliografia, págs. 168/169. Embora sem entusiasmo, às págs. 51 e 176, expõe Florian a nova ordem existente na Itália, na qual se transformou, como entre nós em 1940, de delitos contra a liberdade do trabalho em crimes contra a economia pública ou a economia nacional.

5 — *Dos crimes contra a Organização do Trabalho no Código de 1940* — Tal epígrafe constitui, como sabido, o Título IV da Parte Especial do Código Penal de 1940, abrangendo as seguintes espécies típicas de delitos: atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197); atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta (art. 198); atentado contra a liberdade de associação (art. 199); paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem (art. 200); paralisação de trabalho de interesse coletivo (art. 201); invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola; sabotagem (art. 202); frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203); frustração da lei sobre a nacionalização do trabalho (art. 204); exercício de atividade com infração de decisão administrativa (art. 205); aliciamento para

o fim de emigração (art. 206); aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207).

Mesmo à época em que foi promulgado o Código de 1940, não eram punidas as paralisações pacíficas de trabalho, que constituíam somente ilícito administrativo ou civil. A característica do delito de greve constituía-se na fraude ou na violência, como igualmente era esta a principal característica na quase totalidade dos outros delitos.

Entre nós, que não chegamos ao rigorismo do regime italiano, a greve, o *lock-out* e as demais figuras infratoras contra a organização do trabalho somente atingiam as raízes do delito punível criminalmente quando realizadas com violência ou fraude. Escreve Nelson Hungria, seu mais abalizado comentarista, *ob. cit.*, pág. 21: "Como observa a mesma *Exposição de Motivos*, não foram trazidos para o campo do ilícito penal todos os fatos contrários à organização do trabalho: "são incriminados, de regra, somente aqueles que se fazem acompanhar da violência ou da fraude. Se falta qualquer desses elementos, não passará o fato, salvo poucas exceções, de ilícito administrativo". Vê-se, assim, que os fatos lesivos à organização do trabalho, segundo sua maior ou menor gravidade, podem constituir *delito penal* ou *delito administrativo*".

Na Itália, por exemplo, os crimes contra a organização do trabalho eram classificados pela doutrina como *crimes de perigo*. *CF., De Litala, ob. cit.*, págs. 47/48. No delito de perigo, como sabido, caracteriza-se a ação criminosa independentemente da existência concreta de um dano real. Admite o legislador o fato como crime, sem exigir que um dano *in concreto* se tenha verificado, bastando a possibilidade do dano *in abstracto*. Na lei penal brasileira, já não é tanto assim. Somente na hipótese do art. 201 (paralisação de trabalho de interesse coletivo) é que a simples participação na greve constitui crime, independente de violência ou fraude. Entre nós, de modo geral, há a excelente monografia do Prof. Demóstenes Madureira de Pinho, *O Valor do Perigo no Direito Penal*, Rio, 1939, com completo debate da doutrina e ampla bibliografia.

No Código de 1940, ainda podem ser apontados como inerentes ao direito penal do trabalho os arts. 88/90, 93 e 99, alusivos às medidas de segurança. Ademais, como é óbvio, os arts. 29, § 1º, 30, § 1º; 31, parágrafo único, atinentes ao trabalho penal, isto é, o trabalho obrigatório na execução da pena.

6 — *Dos crimes contra a Liberdade ou Organização do Trabalho no Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969* — Tal é a nova denominação do Título IV da Parte Especial. Pelo visto, meritariamente, deu-se uma concessão ao antigo liberalismo, conciliando-se as duas maneiras de classificar legalmente a matéria. O que está correto, pois nem todos os delitos são estritamente contra a organização estatal da economia; há igualmente interesses individuais a proteger.

Esta nova denominação é ainda de autoria de Nelson Hungria, quando da apresentação do seu anteprojeto. É importante e curioso fixar-se esta mudança de terminologia, que implica, por si só, como que uma alteração ou um abrandamento de concepção político-penal do seu autor.

Aumentaram-se as espécies delictuosas, com mérito igualmente, apesar do perigo de cair-se no casuísmo, meramente preferencial do legislador penal. Vamos por partes fazendo a comparação das duas leis, da atual e da futura, além do Anteprojeto Hungria.

Art. 219, atentado contra a liberdade de trabalho. Corresponde ao art. 197 de 1940 e ao art. 215 do Anteprojeto. No inciso I, já o próprio Hungria havia excluído, por desnecessário, o vocábulo *arte*, apesar de manter-se ainda no casuismo enunciativo. Para que aquela *indústria*? Dentro da melhor terminologia técnica, no direito positivo brasileiro (Direito do Trabalho, subentendido), bastariam duas palavras — *profissão* e *atividade econômica*, como abrangentes de todos os tipos de ocupações humanas em sociedade, como empregado, empregador, autônomo, por conta própria, avulso ou profissional liberal. O *ofício* e a *indústria* estão aí contidos, bastando recordar que o próprio Hungria conceituava *ofício* como “qualquer ocupação remunerada e habitual, consistente em prestação de serviços manuais”. Já em *profissão*, incluía “qualquer forma de atividade (material ou intelectual) exercida habitualmente com fim de lucro”. (*Ob. cit.*, pág. 30.)

Ora, desde o Decreto nº 19.770, de 1931, que não se distingue no direito nacional entre operário e empregado, entre trabalho manual, técnico ou intelectual, passando tal princípio pela Lei nº 62, de 1935, Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, Constituições de 1946 e 1967, repetido ainda pela atual Carta de 1969 (inciso XVII do art. 164): “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

No inciso II, desnecessariamente e com evidente equívoco, colocaram os revisores do anteprojeto a expressão inglesa *lock-out* no lugar de *parede* do Código de 1940 e do anteprojeto. *Lock-out* outra coisa não é do que o *fechamento do estabelecimento do trabalho*, já contido no período imediatamente anterior, como igualmente já estaria contido no final do próprio inciso (paralisação de atividade econômica). *Serrata*, para os italianos; *cierre*, para os espanhóis; *Aussperung*, para os alemães; tal é o *lock-out*, isto é, a paralisação da atividade econômica ou patronal com o fechamento do estabelecimento de trabalho.

A voz *parede*, do Código de 1940 e do anteprojeto, significa *greve*, nada mais do que isso, suspensão coletiva e combinada do trabalho por parte dos prestadores de serviços. O próprio Hungria o esclarece nos seus comentários ao Código: “Na terceira hipótese, o fim imediato da coação é forçar o sujeito passivo à *participação de parede*. O termo “*parede*” foi empregado no texto legal para evitar o galicismo *greve*, embora seja este o mais comumente usado. Não há confundir a violência para a participação de parede (crime de que ora se trata) com a participação voluntária em parede seguida de violência (art. 200).”

Ao substituir o vocábulo *parede* por *lock-out*, erroneamente, eliminou o Decreto-lei nº 1.004, de 1969, a outra modalidade de crime, prevista no Código vigente, que é a de constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar de greve.

Já vão longe esses pruridos vernaculistas de se evitar o termo *greve*, escrito ainda no começo do século, à francesa, com acento grave (*grève*) e grifado. Desde a Carta de 1937 que o direito positivo brasileiro se utiliza tranquilamente da voz, quer na legislação ordinária, quer na constitucional. Basta recordar, aqui e agora, o art. 162 e o inciso XX do art. 165 da Carta de 1969, que a registram com todas as letras. . . E sobre a *greve* é a Lei nº 4.330, de 1964.

Art. 220, atentado contra a liberdade de contrato de trabalho. Corresponde ao art. 216 do Anteprojeto. O próprio Hungria ficou aqui, para melhor, com a

primeira parte somente do art. 198. A medida se recomenda, pois se trata de delitos diversos em sua tipicidade e caracterização — o atentado contra a liberdade de trabalho e a boicotagem violenta.

Art. 221, boicotagem violenta. Repete o art. 217 do Anteprojeto, transcrição, por sua vez, do art. 198. Sem novidade.

Art. 222, greve violenta. É o art. 219 do Anteprojeto, igual ao art. 200 do Código de 1940. Infelizmente, a nosso ver, é insatisfatória a rubrica lateral do Decreto-lei nº 1.004, de 1969, cingindo-se à “greve violenta”. O assunto tratado, como nas rubricas de Nelson Hungria (1940 e do Anteprojeto), é “paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem”, ou, melhor ainda, “suspensão ou abandono de trabalho com prática de violência”.

É que, para os autores do Projeto de 1940, “suspensão de trabalho entende-se a praticada por empregador ou empregadores, isto é, *lock-out*; enquanto *abandono coletivo de trabalho* é o levado a efeito pelos empregados, isto é, a parede, a greve”. (Hungria, cit., pág. 39).

Embora não nos pareça a expressão mais apropriada, esta de *suspensão de trabalho* como tradução de *lock-out*, a verdade é que ela sempre foi usada neste sentido pelo Código Penal. E nem poderia ser de outro jeito, sob pena de ficar vesgo o art. 200 antigo, atual 222, se se punisse somente a greve, e não o *lock-out*, também, quando ambos são iguais perante a lei, como “recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital”, para nos utilizarmos das palavras da Carta de 1937 (art. 139), sob cuja égide foi elaborado o Código de 1940.

Na página seguinte e ainda na mesma página, não dissocia Nelson Hungria nunca as duas figuras delictuosas: “Mesmo fora desses casos, porém, se a greve e o *lock-out* são pacíficos, não passarão de ilícito administrativo” (pág. 39)... “e não para coagir alguém a participar da greve ou *lock-out* (crime previsto no art. 197, II)”... (pág. 39). “No caso de *lock-out*, ou para a existência deste, não é exigida a multiplicidade de empregadores coligados; mas, para a existência da greve, é indispensável que o abandono do trabalho seja *coletivo*, ...” “É indiferente à configuração do crime o motivo da greve ou do *lock-out*” ... “à parede ou *lock-out*...” (pág. 40).

Não pode, assim, a nosso ver, ser confirmada a rubrica lateral de *greve violenta* para o art. 222, quando o dispositivo abrange também o *lock-out*. Acharmos, por isso, que deve ser mantida qualquer das duas rubricas de Hungria, ou no Código de 1940, ou no Anteprojeto, pois que ambas respondem ao inteiro conteúdo do artigo.

O parágrafo único do art. 222 atual corresponde ao parágrafo único do artigo 200, em vigor (de 1940), mas repetindo a inteira redação que lhe deu Hungria no Anteprojeto. A modificação foi para melhor. O antigo parágrafo havia tido tradução direta do artigo 502 do Código italiano, arbitrário e ridículo, ao conceituar quantitativa e determinadamente o mínimo para a caracterização da greve. Nos comentários ao Código, Hungria já se havia referido à sua derrogação, nesta parte, pelo § 1º do art. 2º do Decreto-lei nº 9.070, de 1946, transcrito depois no seu Anteprojeto. Em matéria de direito coletivo do trabalho é sempre melhor ficar em dados indeterminados, qualitativos de partes ou do todo. Nada de números absolutos.

Art. 223, aliciamento para suspensão ou abandono do trabalho. Igual ao artigo 220 do Anteprojeto, e sem correspondente no Código de 1940. O novo

dispositivo aparentemente foi inspirado no inciso IV do art. 14 do Decreto-lei nº 9.070, de 1946, regulador do direito de greve, entre nós, ora revogado. Igual disposição encontra-se hoje em vigor, no inciso IV do art. 29 da Lei nº 4.330, de 1964, que revogou o diploma anterior.

Redigiríamos o artigo de forma mais técnico-trabalhista, nestas palavras: "Aliciar participantes para suspensão ou abandono de trabalho, quando estranho à atividade profissional ou econômica em dissídio."

O art. 224, interrupção de obra pública ou serviço de interêsse coletivo. Repete, *ipsis litteris*, os arts. 201 do Código e 221 do Anteprojeto. Abrange, pelo visto, *lock-out* e greve, já que a terminologia é a mesma de 1940.

Art. 225, invasão de estabelecimento de trabalho, sabotagem. Corresponde aos arts. 202 do Código e 222 do Anteprojeto, alterando, porém, quanto ao elemento subjetivo do delito. Nos dois últimos exigia-se, para a tipicidade, o *intuito* de impedir ou embaraçar, que agora desapareceu, bastando o elemento objetivo de perturbação do trabalho.

Mas, perguntamos nós: para que o casuismo perigoso da enumeração dos estabelecimentos? E os escritórios, os consultórios, os laboratórios, as instituições pias, beneficentes, sem fins lucrativos, e as fundações? Preferiríamos redigi-lo, amplamente: "Invadir ou ocupar estabelecimento ou local de trabalho, impedindo ou embaraçando o curso normal da prestação de serviços, ou, com o mesmo fim, danificá-los ou as coisas neles existentes ou delas dispor."

Art. 226, frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Corresponde aos arts. 203 do Código e 223 do Anteprojeto, não repete, porém, nem um, nem outro. Nelson Hungria, com todo o respeito que lhe devemos, havia caído num casuismo lamentável na redação do Anteprojeto, limitando a frustração ou restrição do cumprimento da legislação do trabalho no que se referia a salários, duração do trabalho, repouso remunerado e férias. E outros capítulos, igualmente importantes, não previstos no anteprojeto, tais como: carteira profissional, trabalho da mulher, trabalho do menor, convenção coletiva, atividade sindical, contrato de trabalho, regulamentações especiais etc.?

No próprio Anteprojeto incluiu Nelson Hungria o verbo *restringir* em seguida a *frustrar*, mantido no Código aprovado pelo Decreto-lei nº 1.004, de 1969, que, abandonando o casuismo restritivo do Anteprojeto, alterou, no entanto, a redação do antigo art. 203, infelizmente para pior. Temos a impressão de que Mestre Hungria quis ampliar o sentido do dispositivo, acrescentando o *restringir* ao *frustrar*. Pensamos, no entanto, que o novo verbo é desnecessário, pois quem *restringe* frustra, não dá, não concede, não aplica em sua plenitude, por esta ou por aquela razão, dêste ou daquele modo.

Por outro lado, a redação definitiva, dada pelo Decreto-lei nº 1.004 — esta sim — restringe o conteúdo do dispositivo. É que no antigo artigo 203 encontrava-se "direito assegurado pela legislação do trabalho", de modo amplo, abrangedor de tôdas as hipóteses (profissionais liberais, autônomos, por conta própria, avulsos, direito individual e coletivo, previdência social etc.). *Direito assegurado ao empregado*, segundo a mais recente redação, é muito restritivo em termos de Direito do Trabalho. *Empregado* é somente um dos sujeitos do contrato de trabalho, ficando de fora, embora ainda como destinatário da norma jurídica do trabalho, muitos outros sujeitos ou interêsses protegidos. Preferimos a volta, pura e simples, da antiga redação do artigo 203.

*Art. 227, omissão de medidas de higiene e segurança. Corresponde ao artigo 224 do Anteprojeto, e inexistente no Código de 1940. A redação, já sancionada, melhora a que se encontrava no Anteprojeto. Apesar do casuismo (do destaque dado a simples parte da legislação do trabalho, quando tôda ela está contida no artigo anterior), não é mau que fique o dispositivo, pela importância que desempenham tais medidas dentro da sistemática geral da legislação social. Basta dizer que dizem de perto, de modo imediato, com os acidentes do trabalho e as doenças profissionais, mutiladoras dos prestadores de serviço, onerosas no custo da produção e desorganizadoras do mercado de trabalho. Mudaríamos o final para *trabalhadores*, em vez de *empregados*, com os mesmos argumentos oferecidos no artigo anterior. Assim já o fez a Constituição de 1967, e a Emenda nº 1 a seguiu, no que se refere à composição da Justiça do Trabalho (arts. 133, § 1º, letra b, e § 4º, e 141, § 1º, letra b, e § 4º, respectivamente).*

*Art. 228, frustração de lei sobre nacionalização do trabalho. Corresponde aos artigos 204 do Código e 225 do Anteprojeto. Modificou-os, porém, substancialmente, ampliando-lhes o alcance. A nova redação fez com que desaparecessem os meios executivos da *violência* ou da *fraude*. Basta agora o simples descumprimento da obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho, de modo objetivo, independente daqueles meios. Não sabemos se a intenção do legislador foi essa mesma, ou se ocorreu omissão, esquecimento, erro de revisão ou de imprensa. E isso porque, no capítulo trabalhista da nacionalização do trabalho, há muitas obrigações miúdas e menores, que não chegam à violação direta da segurança nacional nem do interesse público, em termos rigorosos. Por exemplo, lá se encontram na Consolidação: obrigação de remeter anualmente à autoridade competente a relação dos empregados (chamada de 2/3); não poder a empresa pagar mais ao estrangeiro do que ao nacional, se fazem trabalho igual; não poder a empresa manter mais do que 1/3 de empregados estrangeiros. Ora, convenhamos que, sem se tratar de nacionalização dos portos nem de áreas da segurança nacional, é dar excessivo e rigoroso tratamento penal à simples frustração de norma referente à nacionalização do trabalho, independente de violência ou fraude.*

Art. 229, exercício de atividade com desrespeito a decisão administrativa. Repete os artigos 205 do Código e 226 do Anteprojeto.

*Art. 230, aliciamento para emigração. As mesmas palavras dos artigos 206 do Código e 227 do Anteprojeto. E aqui, como lá, *trabalhadores*, certo, e não simplesmente *empregados*.*

Art. 231, aliciamento para êxodo de um local para outro dentro do País. Repete os artigos 207 do Código e 228 do Anteprojeto.

7 — *Atentado contra a liberdade de associação — Da comparação entre os dispositivos do antigo e do novo Código Penal, verifica-se que foi esquecido — porque só assim o compreendemos — o antigo art. 199, atentado contra a liberdade de associação. Os argumentos utilizados por Hungria para justificar o dispositivo diante da Carta de 1937 continuam inteiramente válidos para a Carta de 1969 (e já o eram em 1946 e 1967), pois os dizeres da Lei Magna são os mesmos, garantidores da liberdade de associação profissional ou sindical (art. 166: “É livre a associação profissional ou sindical; . . .”). Ademais, ainda não pôde o nosso País ratificar a Convenção Internacional nº 87, de 1948, justamente por se atritar o seu direito interno, aqui e ali, com os amplos termos de liberdade sindical contidos naquele instrumento internacional. Por outro lado, já foi este*

País, em épocas diversas, acusado, nestes últimos vinte anos, de não dispor de verdadeira e perfeita liberdade sindical. Como suprimir-se o dispositivo do Código Penal, corroborador do texto constitucional, e que, em nível mais rigoroso, deve fazer *pendant* com o art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho, assegurador de direitos sindicais ao indivíduo na ordem administrativa?

Deve, pois, a nosso ver, ser restaurada a disposição do antigo artigo 199, como de necessidade urgente e imprescindível, inclusive pela boa imagem do Brasil no exterior, principalmente perante a O.I.T., assunto com que ora tanto se ocupa e preocupa o Governo.

8 - *Outros aspectos do direito penal do trabalho* - Poderíamos fazer ponto final aqui, pois este era o objetivo do patrocinador desta conferência: a análise do novo Código Penal. Mas o direito penal do trabalho, em sentido amplo, vai apanhar ou surpreender as normas penais do trabalho onde elas se encontrem, no Código Penal ou fora dele. Assim é que são de natureza penal o art. 29 e seus 7 incisos, cujo *caput* é o seguinte: "Além dos previstos no Título IV da Parte Especial do Código Penal, constituem crimes contra a organização do trabalho..." Referimo-nos, é claro, à Lei nº 4.330, reguladora do direito de greve, de 1º de junho de 1964.

Ainda de natureza penal é o art. 32 da Lei de Segurança Nacional, Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967, que pune "a greve e o *lock-out*, acarretando a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais, com fim de coagir qualquer dos Podêres da República".

O art. 49 da Consolidação das Leis do Trabalho enumera várias figuras de crimes de falsidade, para efeitos de emissão, substituição ou anotação das Carteiras Profissionais.

O artigo 552 da Consolidação das Leis do Trabalho equipara aos crimes de economia popular, e assim serão julgados e punidos, os atos que importem malversação ou dilapidação do patrimônio das associações sindicais.

Merecem inclusão também no elenco do direito penal do trabalho outras espécies penais, caracterizadas como contravenções penais: embriaguez habitual (arts. 482, letra *f*, da CLT, e 62 da LCP); prática constante de jogos de azar (art. 482, letra *l*, da CLT, e 50 e 58 da LCP); violação de lugar ou objeto no exercício de profissão de serralheiro (art. 26 da LCP); falta de habilitação para dirigir veículos (art. 32 da LCP); perturbação do trabalho ou do sossego alheios (art. 42 da LCP); exercício ilegal de profissão ou atividade (art. 47 da LCP); infração de matrícula ou escrituração de indústria e profissão (art. 49 da LCP); vadiagem (art. 59 da LCP); proibição de atividade remunerada a estrangeiro (art. 69).

Também pelos efeitos diretos que possam ter sobre o contrato de trabalho interessam às relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Penal os institutos de suspensão da pena, do indulto, da graça e da anistia, além do livramento condicional (arts. 57/65, 108 do Código Penal vigente, e 71/82 e 108 do Código a vigor, e 482, letra *d*, da CLT). Ainda matérias bifrontes: violação de segredo da empresa (art. 482, alínea *g*, da CLT); ato lesivo da honra e da boa fama (arts. 482 e 483, alíneas *j*, *k*, e *e*, da CLT); ofensas físicas (arts. 482 e 483, letras *j*, *k* e *f*, da CLT); aborto não criminoso (art. 395 da CLT).

Eis aí, num vôo de pássaro, as notas para uma possível conferência sobre direito penal do trabalho...

O NÓVO CÓDIGO PENAL

E A EXECUÇÃO DA PENA

NERVAL CARDOSO

*Superintendente do Sistema
Penitenciário da Guanabara*

Coube ao Superintendente do Sistema Penal, neste simpósio, emitir sua opinião sobre o tema apresentado, que levará em seu lastro a vivência do exercício da função.

O simpósio, por suas próprias características, é um conclave de troca de idéias entre eruditos ou especialistas, não tendo por fim votar conclusões, moções ou aprovar teses.

Antes de expressar-me sobre o novo regime penal que se avizinha, e, que já parece trazer a mensagem de um novo tempo para o sistema penitenciário, devo dizer que a pena no Direito Moderno alargou-se no seu fim e no seu conceito. É um meio imprescindível para a manutenção de uma comunidade social-humana. É o meio instituído pelo Estado, pelo qual promove a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais (definido na lei como crime) promovendo o ajustamento social do criminoso por meios adequados.

É em volta dêsse problema da recuperação social do delinqüente que hoje se concentram os objetivos concretos da profilaxia do crime.

Permitam-me, os senhores, que lhes fale e dê exemplos tirados da experiência do meu próprio trabalho. Aquêlê que relata os sofrimentos da própria detenção, descreve, lógicamente, tudo que viu no ambiente da penitenciária, de um ponto de vista subjetivo. Disso resulta que a execução da pena ora é apresentada como atrasada ou superada, ora como liberal demais.

O problema da execução da pena deve ser estudado, calmamente, com isenção e dentro do cultivo do Direito.

A execução da pena é função administrativa e não será demais falar da sua importância; isto, porque, durante o período em que sofre a privação da sua liberdade, o condenado é submetido ao regime que a lei prescreve, estando sujeito às práticas encaminhadas à sua recuperação social. É no tratamento penitenciário que se pode realizar a verdadeira individualização da pena, adotando os processos que a moderna penologia preconiza. Vamos partir do conceito de que a privação da liberdade é um meio punitivo legal, para o qual ainda não foi achado substituto adequado, nem na teoria, nem na prática. Devemos fixar na mente: nenhum resultado negativo ou positivo da execução da privação da liberdade pode e deve ser atribuído exclusivamente a êste meio punitivo.

Cabe-nos indicar o caminho para harmonizar a situação tensa, dificilmente solúvel, entre pena legal e tratamento penitenciário, por um lado, e do outro, a meta da supressão da futura reincidência.

Despiciendo seria, aqui, discorrer sôbre a aplicação da pena nas escolas penais, uma vez que o tema proposto demandará todo o tempo disponível.

1. Ao falarmos sôbre o tema "O Nôvo Código Penal e a Execução da Pena", cabe ressaltar, desde logo, a nova orientação dada à pena, com a adoção dos critérios modernos para sua aplicação, evitando-se distorções da jurisprudência, possibilitando a realização de uma justiça material, afastando-se, inteiramente, o caráter retributivo das penas privativas da liberdade e estabelecendo sua finalidade educativa e ressocializadora. A pena passa a ter função finalística educativa, preparando o apenado para o retôrno à vida em sociedade.

O crime passa a ter, pelo nôvo código, uma interpretação como fato social, e, daí, as inovações de proteção e educação ao criminoso. A execução da pena há de ser um ato de esperança, um abraço de luz sôbre um destino fraterno. Não há mais a quem acusar e condenar, e

sim a quem defender e guiar. A título de ilustração do que acabamos de falar há a acrescentar que o código anterior nada previa a tal respeito, o que constituía, sem dúvida, uma lacuna em nosso sistema, estando implícita na redação do Novo Código Penal, a recuperação social do delinqüente, sem nenhum prejuízo da eficiência na repressão.

Demonstrando, assim, a sintonia com os modernos princípios da penologia, que abrange estudos filosóficos, históricos, científicos e jurídicos, cabendo ressaltar nestes últimos os elementos substantivo e adjetivo das penas ou sanções, bem como dos patronatos incumbidos de velar pela readaptação dos egressos.

O sistema penal da Guanabara já se orienta segundo tal inspiração. Permitam-me mencionar a grandeza do trabalho da nossa Divisão Educacional (ex-Instituto Educacional Moniz Sodrê), cujas principais atribuições consistem em prever, organizar e dirigir todo o ensino nas unidades penais da SUSIPE, abrangendo tanto os internos como os funcionários.

Esta divisão mantém atualmente curso primário, em tôda as unidades da SUSIPE, inclusive na Ilha Grande, cursos profissionais e livres, mantendo convênio com o programa intensivo de preparação de mão-de-obra industrial. Temos nessa unidade um total de aproximadamente dois mil alunos matriculados, sendo o índice de aprovação de cem por cento, enquanto que fora do nosso sistema o índice de aproveitamento atinge somente setenta por cento.

* * *

No § 2º art. 37 do Novo Código Penal, está consubstanciada a finalidade educativa do trabalho, retirando-lhe aquêle cunho expiatório. Providência das mais justas e de acôrdo com os modernos preceitos de humanização e labor carcerário, principalmente, levando-se em conta que, no momento da vida nacional que atravessamos, não se pode desperdiçar trabalho, e para o qual tôda a força humana deve transformar-se em força produtiva. Esse trabalho, iniciado no momento da detenção, prolonga-se por todo o período de cumprimento da pena, de tal forma que, quando esgotada, o apenado já se encontra em condições de plena readaptação social, não oferecendo mais perigo de reincidência no crime. A prática da laborterapia aplicada constitui-se em instrumento para infundir no delinqüente a consciência de sua finalidade e do seu valor, transformando-o em homem socialmente válido.

Auxilia a sua adaptação no seio da família, dando-lhe novas condições de integração social.

Alberto Krebs, destacado mestre de criminologia diz textualmente que: "São bases desta educação: a disciplina, o trabalho, o ensino, a

ginástica e a ocupação inteligente e adequada das horas de folga. A capacidade profissional do sentenciado deve ser estimulada e devem ser instaladas oficinas para o ensino profissional."

A nova orientação dada à pena substitutiva (art. 38 do Novo Código) é medida das mais acertadas como solução aos inconvenientes mais graves do sistema das penas privativas de liberdade, porque permite ao preso primário, de bons antecedentes, a suspensão condicional da pena. Impede-se, dêse modo, que em nome de um formalismo haja a segregação de elementos destituídos de periculosidade. Ora, no Direito Penal Pátrio existe um ponto tranqüilo em matéria de execução penal: é o da necessidade de se evitar a promiscuidade. O que é principal e indeclinável é a necessidade de distribuir os prisioneiros de modo a apartar os melhores dos piores, notadamente os mais novos e, portanto, mais suscetíveis de reeducação ou de corrupção, dos inveterados do crime ou com acentuada tendência para este e, por isso, os mais incorrigíveis e corruptores.

É muito acertado que se procure esmaecer esta linha demarcatória entre detenção e reclusão. Porque não há meios de efetivá-la nem razões para mantê-la. Pelo Código anterior a consequência penitenciária mais importante era a concessão ao detento da faculdade de escolha do trabalho (art. 31). Este Código eliminou, sábiamente, tal distinção.

Muitos cidadãos oporão restrições a isso. Não se estará indo longe de mais? Não devem os grandes criminosos — no futuro — ser punidos mais severamente que os pequenos e médios infratores da lei? Também não deve, nos tempos vindouros, ser mantida uma nítida distinção das espécies de pena?

A abolição da pena de reclusão não implicará em restringir o teor ilícito dos graves fatos delituosos? Não será de temer o aumento do número de crimes graves, quando se abolir a pena de reclusão?

Entrementes, deve-se aprofundar melhor neste problema, para se obter a devida solução. Primeiramente, deve ser assentada a idéia da finalidade dessa pena editada pelo Estado: pretender, simplesmente, efeito intimidativo com ela, é coisa illusória. Em segundo lugar, incide-se em erro elementar quando se supõe que a pena deva ser uma expiação ou retribuição do ilícito praticado.

Qual deve ser, pois, a feição de um Direito Penal finalístico, em nossos dias? Por um lado, êle deve, logicamente, conservar o valor da sentença de que "o crime não compensa". O Direito Penal deve proteger a sociedade contra as agressões ao convívio pacífico e ordeiro de seus membros.

Quando se pretende manter sèriamente essa proteçãõ, não se deve excluir o entendimento de que o melhor expediente para isso há de ser a reintegração do delinqüente na mesma sociedade que êle agrediu. Êste processo leva à meta objetivada, de maneira mais segura e econômica, portanto, do modo mais racional.

Porisso, ao enfatizar a defesa social, o Direito Penal não deve ter em vista, ùnicamente, a punição do criminoso: é mister que êle considere a necessidade de evitar que êste se torne reincidente. Isto só tem realmente sentido no caso dos delinqüentes capazes de serem regenerados. Em relação aos incorrigíveis e aos criminosos por inclinação que revelem periculosidade, devemos proteger-nos de outra maneira. A possibilidade de suspender-se a execução da pena, para pôr à prova a conduta do condenado, já existe no Direito atual, deve ser consideravelmente ampliada. Até agora essa suspensão da execução da pena só podia ser deferida nas condenações da privação da liberdade por período não superior a dois anos.

Acertada a extinção da Colônia Penal (art. 30, § 2º, do Código anterior), dos institutos de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional e das colônias agrícolas (art. 38, § 1º, III, do Código anterior) e principalmente da casa de custódia e tratamento (art. 88, § 1º, do Código anterior).

Aplausos incondicionais à criação do estabelecimento penal aberto criado pelos artigos 39 e 40 do Nôvo Código Penal, principalmente, com a nova redação do § 2º do art. 40 (Nôvo Código). Completa de forma precisa esta inovação, a adoção do regime de semiliberdade e confiança, bem como o § 1º prevê a transferência para estabelecimento penal aberto como fase de execução.

Já em 13 de agosto de 1948, foi incluído o estudo sôbre os estabelecimentos penais abertos, perante a Comissão de Assuntos Sociais, no programa de trabalho das Nações Unidas, em matéria de defesa social, em face da prática colhida já em outros países.

O congresso celebrado pela Comissão Internacional e Penitenciária em Haia (1950) definiu "o Estabelecimento Penal aberto como um estabelecimento penitenciário no qual as medidas preventivas contra a evasão não consistem em obstáculos materiais, tais como, muros, fechaduras, grades ou guardas". A base do regime consiste em inculcar aos prisioneiros o sentimento de responsabilidade pessoal.

Disciplina o Nôvo Código que deve situar-se o estabelecimento penal aberto no centro urbano, em local apropriado, pois oferece as comodi-

dades pessoais e contatos com os organismos de caráter educativo e social, convenientes para a reeducação do recluso.

Assim, o trabalho dos internos dêsse estabelecimento que, via de regra, é realizado em fábricas, oficinas ou escritórios de economia livre, não é sentido pelo prêso como favor ou facilidade, mas, muitas vêzes, como carga adicional extraordinária, porque êle tem que mostrar firmeza de caráter e não deve succumbir à tentação de fugir, o que é impossível sem correr risco. Temos na América, a saída para o trabalho — o *work release*. Hoje já encontramos apologistas dos estabelecimentos penais do tipo de prisão aberta — o *open door system* dos americanos, que teve início na Suíça. No Brasil, temos um embrião dêsse tipo de estabelecimento, em São José do Rio Prêto. Também em Barreiros e Neves (Minas Gerais) encontramos estabelecimentos penais em regime de semi-liberdade.

A prisão fechada é um desafio, é um repto ao prêso. A coisa quanto mais difícil, mais proibida e perigosa de ser alcançada, mais desejada. Dêste modo, até sob o aspecto psicológico é desejável a prisão aberta. A prisão aberta se apresenta como um regime racional. Ao invés de preparar, como rígida disciplina, para a vida carcerária, como faz a prisão tradicional, suprimindo ao encarcerado o espírito de iniciativa e a de si mesmo em face do mundo objetivo, mediante um sistema de escravidão, ela cuida ainda de prepará-lo para a vida livre, para o convívio social.

Elimina o paradoxo da prisão fechada, que, pretendendo ensinar o prisioneiro a ser capaz de liberdade, submete-o a um sistema cativo que o incompatibiliza para a liberdade. Evita que o encarcerado perca inteiramente o contato com o mundo exterior, sendo permitido até mesmo saídas aos domingos e feriados, e, àqueles de ótima conduta, a excluir qualquer suspeita de fuga, são conferíveis licenças de breve prazo, desde que justificadas. Em alguns países, o regime de lealdade e confiança vai ao extremo de admitir que certos internados prestem serviço a particulares ou empresas privadas, fora do estabelecimento, ao qual terão que voltar à noite.

O Código de Execuções Penais foi uma medida das mais acertadas e necessárias para regular a matéria contida no art. 32 do Código anterior, que foi excluída, no presente.

Este Código tem como ponto capital os títulos: o tratamento penal e, das prerrogativas, deveres, direitos e regalias do sentenciado onde prevalece o sentimento de não se permitir a conversão do sentenciado em renegado. A dignidade humana é respeitada com o acato que o direito impõe.

Antes dêsse, outros projetos já foram elaborados, devendo falar sobre o projeto de 1933, de autoria de Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho. Também o anteprojeto do Código Penitenciário do Prof. Oscar Stevenson, em 1957, e, ainda o anteprojeto do Código de Execuções Penais do Prof. Roberto Lyra, no qual se encontrava consubstanciado o entendimento de que o crime e a pena, e a execução desta, não se podem separar do delinqüente.

Segundo o art. 64 do Nôvo Código Penal adota-se o critério da pena indeterminada para os criminosos habituais e por tendência, estando expressa a obrigação de motivar a pena imposta, em sua medida. Isto permite tratamento penal mais compatível com a periculosidade revelada, pois transfere a individualização para o momento posterior à sentença, quando, rigorosamente, se terá aferido o grau de culpabilidade do agente e o exato momento da retribuição e da reparação, inclusive a recuperação social do delinqüente.

O legislador, nesta matéria, houve por bem dar incremento ao prudente arbítrio do Juiz, na pressuposição justificada de que seu contato com o delinqüente o autoriza a uma fixação criteriosa da pena.

Dêsse modo, o Juiz terá, obrigatoriamente, de possuir uma especialização penal e criminológica. A pena indeterminada a ser aplicada agora no Brasil, para os criminosos habituais ou por tendência, começou em 1876, nos Estados Unidos, com Brockkway, no famoso Reformatório de Elmira. A sua aplicação, também, já é empregada na Europa.

A pena indeterminada terá, conseqüentemente, seus antagonistas. Todavia, o Nôvo Código Penal tem por escôpo fundamental da pena a ressocialização e educação do apenado. É um código de defesa social.

A pena deverá ater-se ao diagnóstico e ao prognóstico; não apenas o crime praticado em sua etiologia e natureza, senão, também, e principalmente, as condições psicofísicas de cada condenado, seus antecedentes criminais, seu *curriculum vitae*, sua maior ou menor periculosidade ou anti-sociabilidade, sua maior ou menor degradação moral, sua difícil recuperabilidade, suas reações à disciplina e no tratamento com seus semelhantes.

O art. 48 do Nôvo Código Penal prevê a prestação do trabalho livre para pagamento da multa. Magnífica inovação, o trabalho externo é poderoso veículo de ressocialização, impondo aos criminosos uma ambiência sadia. Não será demais nos reportarmos à importância dessa medida, da qual só advirá benefício em prol do condenado, trazendo o estímulo necessário à sua autorecuperação.

Cabe aqui um parêntese para abordarmos o tema das penas curtas de prisão. Nessas, não é possível exercer sobre o delinqüente nenhuma ação contínua e duradoura capaz de modificar a sua personalidade, corrigindo deformação criminológica que nêle se manifestou. Essas penas são muito aplicadas, porque correspondem a crimes menos graves, que são os mais freqüentemente praticados. Foi sugerida a substituição da prisão pela multa, sendo de todo aconselhável a supressão da pena pequena, pelos motivos acima expostos. A conversão da pena curta em multa preserva a posição social do sentenciado e não o prejudica no desempenho de sua atividade profissional, ao revés do que ocorre com a privação da liberdade, mesmo por tempo limitado. Por fim, a multa não priva o condenado, nem sua família, de fonte de receita de seu trabalho. Há, ainda, a acrescentar que o matrimônio e a família se acham colocados sob especial proteção do Estado. Os membros da família, que nada têm a ver com o delito, devem ser poupados das suas repercussões. Em outra hipótese, para não onerar os rendimentos do condenado a pena multa poderia ser paga aos sábados, domingos e feriados.

O dia-multa deve ser encarado apenas como uma forma legal encontrada para manutenção atualizada da pena pecuniária. Essa é uma solução para o descompasso entre o aviltamento da moeda e o antigo esquema frio da quantia em dinheiro. O que sobreleva notar neste particular, no entanto, são as formas da satisfação dessa prestação pecuniária.

A nova disciplina do livramento condicional está estabelecida no art. 75, eliminando o erro anterior, que não permitia tal medida para os sentenciados à pena inferior a quatro anos.

O pedido de livramento condicional será dirigido à autoridade judiciária que o concederá ouvido o Ministério Público e cumpridas as exigências da lei, tanto para o criminoso habitual ou por tendência.

O art. 79 do Novo Código Penal inova, estabelecendo a observação cautelar e proteção do liberado, ao invés da "vigilância" estatuida pelo Código anterior, art. 63.

Introduz, ainda, a competência do serviço social penitenciário para tal função, ao contrário do Código anterior que atribuía este mister à autoridade policial.

Cabe, aqui, realçar o trabalho da casa do egresso e a magnífica orientação do artigo, transformando o egresso de "vigiado" em "protegido". A casa do egresso destina-se a dar assistência moral e material aos egressos dos estabelecimentos penitenciários, providenciando a documentação que os habilite a obter colocação profissional bem como a pesquisa do mercado de trabalho.

Para que se tenha uma pálida idéia do que seja essa assistência a egressos, temos, matriculados, um total de dois mil, cento e vinte e oito, que, no ato da matrícula, quando chegados dos estabelecimentos penitenciários, também recebem, desde logo, um tratamento de ressocialização, sendo encaminhados a diferentes empregos, conforme a aptidão profissional de cada egresso. Nestes empregos, permanecem durante um estágio probatório, até sua final fixação no trabalho escolhido. As empregadoras têm total conhecimento da situação do egresso e, colaboram conosco um total de quinhentas emprêsas.

Já colocados definitivamente estão setecentos egressos, e, em experiência nas emprêsas, quase duzentos, havendo um número de cinqüenta egressos que preferiram retornar ao seu Estado natal, para o convívio no seio da sua família. Resta dizermos dos duzentos e cinqüenta que recebem, em diversos hospitais da comunidade, tratamento de saúde, por doenças várias, e, daqueles que, por sua idade, já não podem, ou, melhor falando, não estão em condições de prestar serviços pesados, encontrando-se internados na própria casa do egresso, hoje Instituto de Ressocialização Magarino Tôrres, prestando serviços de acôrdo com a sua capacidade.

É de grande necessidade a criação de um centro de orientação, para os condenados, que antes de noventa dias para sua liberação, a fim de protegê-los, dá-lhes condições para retôrno à sociedade. Esses centros não constituem prisão. Devem ser casas grandes no centro da cidade. Não devem exceder de vinte e cinco pessoas, os seus ocupantes. Aquêles que vão para essas casas de orientação da comunidade realizam relatórios próprios e são entrevistados por agências de emprêgos que os assistirão na obtenção do trabalho.

Ressaltamos o acêrto do art. 33 do Nôvo Código Penal, que estabelece a responsabilidade para o maior de dezesseis anos, desde que revele desenvolvimento psíquico. Demonstra a prática que muitos dêstes se tornam reincidentes pela ausência de um tratamento assistencial. Temos recolhidos nos estabelecimentos penais a partir do ano de 1964 até agora, um total de 191 menores, em idade que varia de quatorze aos vinte anos.

Vários códigos atuais fixam êsse limite em quatorze anos, como é o caso do Haiti. Deveu-se essa orientação que fixa o limite da responsabilidade criminal dos jovens de dezesseis anos, ao que existe no código da Iugoslávia.

Esta responsabilidade deverá ser declarada pelo Juiz de Menores, se a lei processual não dispuser diversamente. Há, por outro lado, a necessidade de submeter os menores e, inclusive jovens delinqüentes a

tratamento especial, devendo os menores de 21 anos cumprir pena separadamente dos condenados adultos.

Portanto, mantém o Código o limite de imputabilidade nos 18 anos, embora timidamente estenda a imputabilidade até os 16, se, como acima já foi enunciado, o agente revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Países como a Índia, Paquistão, El Salvador, Guatemala, Honduras, Líbano e Iraque fixam em quinze anos o limite para aplicação da pena. A Birmânia, o Ceilão, Bélgica e Israel, e outros, fixam em dezesseis anos.

A Austria, Polônia, Reino-Unido da Grã-Bretanha, Bolívia e Costa Rica, fixam em dezessete anos. Nos Estados Unidos cada unidade da federação tem sua legislação própria. Os limites são fixados acima de dezesseis anos, sendo que a pena perpétua e de morte existe para os menores de dezesseis anos, em Carolina do Sul, Colorado, Delaware, etc . . .

A aplicação da pena exige hoje que o juiz deva ter em atenção só os aspectos criminológicos do delinqüente. Reconheceu-se que a questão da causalidade passa hoje a plano nitidamente secundário na economia do delito, pois só aparece nos crimes materiais ou de resultado, apresentando dificuldades em número extremamente limitado de casos.

Importante é o que aparece com referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos códigos de sua época, os pressupostos de conduta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações modernas vêm corrigindo. A ilicitude aqui surge porque o agente não impediu o resultado, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar.

Na punição da tentativa, manteve-se o critério de redução da pena. Assim, foram introduzidas no Novo Código numerosas modificações, fruto de cuidadosa análise da matéria, revelando sua técnica apurada o elevado desenvolvimento da ciência do Direito Penal entre nós.

Procurou-se aperfeiçoar nossa lei penal, com a correção de reconhecidos defeitos e a introdução de contribuições novas, fruto de desenvolvimento notável da ciência penal do nosso tempo que ajustou a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um direito penal da culpa, que visa a extinguir toda forma de responsabilidade objetiva, proporcionando, por outro lado, soluções eficientes para a repressão da criminalidade.

Com a adoção de novos critérios para aplicação das penas, como se viu do exposto, possibilita-se a realização de uma justiça material, bem como, o mais importante para nós, a recuperação social do delinqüente.

DIREITO PENAL FINANCEIRO

PROF. SERGIO DO REGO MACEDO

Inicialmente cabe a indagação sobre a existência ou não de um Direito Penal Financeiro e sua conceituação. Isso implica, desde logo, uma antecedência. Que é Direito Financeiro? Entende-se ser ele um capítulo do Direito Administrativo que resulta da soma de regras que preside a atividade econômica estatal, para a aplicação dos fundos públicos às necessidades da administração.

Assim, a legislação pertinente ao Orçamento, como meio de obter Receita e modo de aplicação de Despesa e tudo que lhe diz respeito, incluindo uma série de disposições de leis especiais que alcançam a de nº 1.079, de 10 de abril de 1950 que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento, na parte que capitula a "proibição na administração", a "lei orçamentária" e a "guarda e legal emprêgo dos dinheiros públicos", compõe o núcleo de um futuro Direito Financeiro.

Na impossibilidade absoluta de se fixar noção precisa do seu sentido estrito, porquanto inexiste a nitidez de percepção da área legal pertinente, somos obrigados a estender seu continente jurídico à legislação fiscal — parte integrante também do Direito Administrativo — e nesse apêndice onde se definem e regulam os tributos lembrar além das leis fiscais, a lei de remessa de lucros, intimamente ligada aos interesses do controle de lucros para a devida tributação e — no aspecto financeiro —, o acautelamento das divisas.

Ainda e sempre no seu sentido lato, incorporaria o Direito Financeiro, um outro pseudodireito o Econômico, contido nas disposições que regulam a Economia Popular (Lei nº 1.521, de 26-12-51, que define crimes contra a Economia Popular), as que controlam o Poder Econômico (Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do Poder Econômico), a Lei Delegada nº 5, de 26 de setembro de 1962 (que promove a intervenção no domínio econômico com a criação de órgão especial: a SUNAB) e a Lei nº 4.591 que define as fraudes nas incorporações e cria novas figuras penais nos seus arts. 65 e 66.

Por outro lado, as atividades jurídico-financeiras dentro do Estado, como parte do processo financeiro nacional, viram-se acrescidas de duas importantes leis: a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispôs sobre a política e as instituições monetárias e creditícias e criou o Conselho Monetário Nacional; e a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais, e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

Ainda enriquecendo o acervo do chamado Direito Fiscal, ao lado da lei que disciplina o Imposto de Renda, cite-se o Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, que dispõe sobre a declaração de bens ou valores que possuem as pessoas físicas ou jurídicas no exterior; o Decreto-lei nº 1.104, de 30 de abril de 1970, que altera o anterior; o Decreto-lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que dispõe sobre o recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados, e dá outras providências; e a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que autoriza a emissão de obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do Imposto de Renda, e dá outras providências. Este último diploma legal já mais flagrantemente híbrido do financeiro e do fiscal.

Vemos pois, que Direito Financeiro, Direito Fiscal e Direito Econômico são sementes que mal recebem a umidade das primeiras águas para afluir no terreno movediço da legislação administrativa.

Não têm estabelecidos seus conceitos, seus princípios, faltando-lhes sobretudo o corpo inconfundível da autonomia: a sistematização e o método.

E se lhes consentimos, de maneira controvertida, interponente e diáfana as denominações é porque são sensações que se nos dá a perceber o grande ensaio da relação inexorável entre a infra-estrutura econômica e a superestrutura jurídica.

Ora, se não podemos falar, ainda, cientificamente, em Direito Financeiro, Direito Econômico, Direito Fiscal — este último em fase mais adiantada de elaboração, por força contingente —, muito menos em Direito Penal Financeiro ou Econômico ou Fiscal.

E ainda que tais ramos da Administração Pública fôssem uma realidade legislativa palpitante, sistematizada e nitidamente constituída não se lhes poderia atribuir a independência penal posto que, em verdade, o Direito Penal é único pelas características inconfundíveis da sua sanção que o denuncia, de imediato, esteja em que corpo legislativo estiver, transformando o dispositivo sancionado em puro dispositivo penal de Direito Penal, excluindo qualquer outra denominação.

Damos prevalência, nesse sentido, como mais ajustada à realidade dos Direitos, à opinião de Carrara, quando, ao se manifestar sobre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal, afirmava ser tudo Direito Penal, que é um só, integrativo e global.

O Direito Penal não é solicitado a sancionar um preceito de outro direito, mas a elaborar um preceito e estabelecer a sua sanção antes da

qual as sanções dos demais direitos se exauriram ante as exigências do interesse jurídico de tutela extrema.

E porque e porisso é eminentemente constitutivo, onde se declarar uma pena privativa de liberdade aí está êle desde a origem do preceito até o fim da sanção, com todos os seus pressupostos, princípios, mandamentos e efeitos.

Cabe-nos hoje traçar o perfil e consignar as críticas dos crimes que o legislador de 70 incluiu no Código Penal que dizem respeito às atividades financeiras, econômicas e fiscais dos particulares e do administrador em função da tela jurídica que se formou para tais relações.

Seria absurdo e desastroso pretender comentar tôda a área inaugurada pela sua complexidade e extensão.

Escolhemos a matéria mais insinuante a fim de que êsses apontamentos sejam um diálogo do pensamento e não o recital monótono e prefensioso de um contra os outros no pleno uso e gozo da tirania complacente que impõe o unânime no obscuro.

Na tutela penal do patrimônio, capitulou o legislador de 70, no capítulo que define o estelionato e outras fraudes (cap. VI do Título II) como novos atos típicos e sob a denominação jurídica de "títulos irregulares", "autorização de empréstimo a dirigente da própria instituição financeira", "atuação abusiva de instituição financeira" e "violação de sigilo de instituição financeira", os arts. 191, 192, 193 e 194, respectivamente.

A legislação vigente que informa essas figuras de Direito Penal é a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o Mercado de Capitais, nos seus arts. 72, 73 e 74.

- 1º) "Art. 72 — Ninguém poderá gravar ou produzir clichês, compor tipograficamente, imprimir, fazer, reproduzir ou fabricar, de qualquer forma, papéis representativos de ações ou cautelas, que os representem, ou títulos negociáveis de sociedades sem autorização escrita e assinada pelos respectivos representantes legais, na quantidade autorizada."

Ressalte-se, desde logo, a desatenção do legislador, atribuída pelos mais tolerantes à urgência requerida que não justifica, de modo algum, flagrantes despreparos. No caso vertente a norma não foi sancionada. "Não há pena sem cominação legal" (art. 1º, 2ª parte do Código Penal). Descrição de fato impunível é irrelevante em matéria penal equivalendo a conduta não incriminada. Quanto à redação, podemos objetar que "fazer", "imprimir", "fabricar", "produzir industrialmente", são termos redundantes, pois não conhecemos ações ou cautelas que não sejam impressas. O elemento condicional da incriminação é a falta de autorização escrita e assinada pelos respectivos representantes legais da sociedade, funcionando tal autorização como exclusão de antijuridicidade, sendo irrelevante se fôr dada posteriormente à impressão, pois é êste o momento consumativo e o crime é formal.

- 2º) “Art. 73 — Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar ações de sociedades anônimas, ou cautelas que as representem, sem autorização escrita e assinada pela respectiva representação legal da sociedade, com firmas reconhecidas.”

Idêntica crítica deve ser feita à terminologia usada: “fazer”, “imprimir”, “fabricar” ações e cautelas é imprimir apenas.

No objeto material figuram como corpo de delito, “ações e cautelas”, desatendidos, inexplicavelmente, outros títulos de curso regular no mercado de capitais, tais como debêntures, obrigações ao portador endossáveis, obrigações nominativas e letras de câmbio.

Vale dizer da insegurança do legislador na incriminação pois não se sabe se o que quis punir foi apenas a impressão de papéis que ainda vão se transformar em ações ou cautelas no momento em que forem assinados por quem de direito da sociedade ou o ato impossível que descreveu no texto legal: imprimir ações ou cautelas. Ora, não basta o papel impresso para caracterizar o título que só é criado com a assinatura de quem de direito da sociedade. Sem ela o impresso não surge como documento. Se o legislador, pois, pretendeu incriminar um simples impresso cometeu excesso irrazoável já que presumiu um remotíssimo perigo, uma ação que poderia não ter fim ilícito.

“§ 1º — Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar prospectos ou qualquer material de propaganda para venda de ações de sociedade anônima, sem autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade.”

Aqui não se está punindo a propaganda, mas simples ato preparatório de propaganda: impressão de boletins, volantes, cartazes ou anúncios. Redunda daí que o crime admite tentativa com o início da ação. Excedeu-se o legislador mais uma vez, preocupado em arguir a tutela penal em estágios de simples possibilidade de fim ilícito. O elemento condicional da incriminação continua sendo a autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade cuja existência funciona como causa extintiva da antijuridicidade. É de se notar também a insegurança do legislador — imperdoável em legislação penal — pela irregularidade de expressões usadas em dispositivos distintos para figurar idênticas hipóteses. No art. 72 exige-se a “autorização escrita e assinada pelos respectivos representantes legais”; no art. 73 *caput* essa autorização deve ser assinada “com firmas reconhecidas”; e no § 1º do art. 73 já não se fala em autorização expressa, donde se conclui que pode ser verbal. Por isso, nesse último caso, confessa-se a irrelevância do ato como crime, bem como o seu irrazoável excesso.

“§ 2º — A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores.”

Desceu aí o legislador à categoria de acadêmico pouco atencioso ao advertir desnecessariamente que “a violação de qualquer dos disposi-

tivos constituirá crime de ação pública"... violando, êle sim, o critério adotado pelo art. 102 do Código Penal vigente e acolhido pelo legislador de 70 no dispositivo de número idêntico que declara:

"A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido."

Por fim comete a suprema profanação histórica em pleno final de século XX, ao violar o princípio universal da "nulla poena sine culpa", instituindo a odiosa e renegada responsabilidade objetiva que constitui para uma civilização contemporânea que se preze, excrescência jurídico-penal. Faz "recair a responsabilidade, quando se tratar de pessoas jurídicas, em todos os seus diretores". A presunção absoluta dispensa a indagação sobre a culpabilidade. Fulmina-se, assim, o prescrito, como princípio, nos arts. 19, 11 e 15, parágrafo único do Cód. Penal (princípio da reserva legal e relação de causalidade objetiva e subjetiva).

"Art. 74 — Quem colocar no mercado ações de sociedade anônima ou cautelas que a representem, falsas ou falsificadas, responderá por delito de ação pública, e será punido com pena de 1 a 4 anos de reclusão."

As expressões **falsas** ou **falsificadas** identificam a falsidade material e a falsidade ideológica, previstas no Código Penal como crimes contra a fé pública. A ação incriminada neste artigo era a de colocar no mercado ações de sociedade anônima ou cautelas que as representem, falsas ou falsificadas. Ora, isto é senão o fato previsto pelo Código Penal no art. 304 que capitula o crime do uso de documento falso. Trata-se de crime de perigo, bastando-se, para sua consumação, o oferecimento, no mercado, das ações ou cautelas.

Com o advento da revisão do Anteprojeto Hungria, o eminente Prof. Heleno Fragoso propôs para a nova legislação a revogação das disposições criticadas e a inclusão da seguinte definição:

"Fabricar, colocando-as no mercado ou distribuindo-as, ações de sociedades anônimas, ou cautelas que as representem, sem autorização de quem de direito."

Conquanto superior, a fórmula apresentada, todavia, não recebeu a acolhida esperada entendendo a comissão revisora excluir a parte relativa à responsabilidade objetiva evitando, pelo menos, o desastre histórico, com o retrocesso do Direito Penal no tempo, bem como erros mais grosseiros de apreciação e de redação, embora, definitivamente, não tenha ficado passível de severa crítica.

O art. 191 exige autorização escrita e assinada pela representação legal da sociedade, com firma reconhecida, para a exclusão da anti-juridicidade. Seu item I se satisfaz com a simples autorização verbal. Conservou o excesso da incriminação dos atos preparatórios de propaganda. Seu item II, para escapar do **falsum**, já capitulado em continente jurídico próprio (art. 340 — uso de documento falso), inseriu a fórmula da "fabricação irregular" harmonizada com a quota marginal que designa **nomen iuris** novo: "títulos irregulares".

REDAÇÃO DADA AOS DISPOSITIVOS PENAIS CONTIDOS
NA LEI Nº 4.595, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1964

O art. 192 — que veda a autorização de empréstimos a dirigente da própria instituição financeira — reformula, em melhor redação, o art. 34 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que “dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e dá outras providências”, do mesmo modo que o art. 193 que capitula a violação do sigilo de instituição financeira o fez em relação ao art. 38 e seu § 7º da mesma Lei citada.

Justiça seja feita, êsse diploma legal não padeceu da capitulação odiosa da responsabilidade penal objetiva que fez sucumbir o processo penal brasileiro na que regulou o Mercado de Capitais anteriormente comentada. Foi melhor neste ponto.

No § 1º do seu art. 34 sujeita à pena somente os responsáveis pela transgressão.

No § 8º do art. 44 pune com multa administrativa a quem criar embaraço ou sonegar documentos, papéis e livros de escrituração a funcionários credenciados do Banco Central no exercício da fiscalização, sem prejuízo de outras medidas e sanções cabíveis, onde pode ocorrer o concurso da infração administrativa com o crime de “sonegação de documento ou livro”.

Art. 193 — O legislador de 70 capitula a atuação abusiva de instituição financeira. Diz êle *in verbis*:

“**Art. 193** — Fazer atuar instituição financeira ou atuar individualmente como tal, sem expressa autorização da autoridade monetária competente.”

a) “Fazer atuar instituição financeira” — Parece-nos não ter sido feliz o emprêgo do verbo como dinamizador de instituição financeira. Instituição financeira “opera”. A redação mais condizente com as atividades da instituição financeira seria: “fazer operar”...

b) Instituição financeira — Já que estamos laborando em área penal, necessário se torna a concisão e previsão da linguagem e a indicação do conceito quando informa o texto legal.

O conceito da instituição financeira, encontramos-lo no art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 dezembro de 1964. Ei-lo:

“**Art. 17** — Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único — Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se a instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual."

Segundo a lei — cabe acrescentar — as instituições financeiras públicas e privadas integram, juntamente com o órgão executivo central, que é o Banco Central do Brasil, e o órgão deliberativo supremo, que é o Conselho Monetário Nacional, o sistema financeiro nacional, sendo as instituições financeiras órgãos auxiliares da política de crédito do Governo Federal.

Ai está, portanto, o conceito e a posição de instituições financeiras face à lei.

E, face à lei, veremos também quais são as instituições financeiras existentes no atual sistema financeiro nacional.

Dentre as instituições financeiras públicas se incluem o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o Banco do Nordeste, o Banco Nacional da Habitação, o Banco da Amazônia e as Caixas Econômicas.

O Banco do Brasil desempenha no sistema financeiro as funções especiosas de instrumento de execução da política creditícia do Governo, de agente financeiro do Tesouro Nacional, de executor dos serviços de compensação e da política de comércio exterior, além de exercer as atividades bancárias próprias de um estabelecimento oficial.

Dentre as instituições financeiras privadas estão compreendidos os bancos privados, as empresas de crédito, financiamento e investimento, as cooperativas de crédito, as companhias de seguros e capitalização, as sociedades corretoras, as distribuidoras, as de poupança e empréstimo, bem como as Bolsas de Valores. São equiparadas às instituições financeiras privadas as pessoas físicas que tenham como atividade principal a coleta, intermediação ou aplicação de recursos no Mercado de Capitais.

c) Autoridade monetária — Entende-se, pelo que informa a Lei número 4.595, no seu art. 8º, que é o Banco Central do Brasil a autoridade monetária referida no dispositivo analisado.

d) Parágrafo único — Face à equiparação às instituições financeiras das pessoas físicas que exerçam como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, explicitada no parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595, redundante e inútil torna-se este parágrafo, já que o seu **caput** falou em instituição financeira. O que o legislador poderia fixar para maior clareza da interpretação seria um conceito como o fez, algumas vezes, o legislador de 40 (exemplo: funcionário público — art. 327 do Código Penal).

Não é demais o alerta aos legisladores para o acautelamento da imperiosa evolução que se processa na área econômico-financeira do País

e que se reflete inevitavelmente na redação das leis, pois o que imagina o economista há de ser dito por êle, legislador, assessorado imprescindivelmente do jurista, a fim de se evitar o caos irremediável na casa do Direito, e principalmente do Direito Penal, cujas precisão, clareza e harmonia com os princípios já estabelecidos devem se manifestar pacificamente diante da ameaça da sanção privativa da liberdade.

Recente trabalho publicado pela Bôlsa de Valôres, da lavra do ilustre e culto Dr. Nelson Cândido Motta, Consultor Jurídico da Bôlsa de Valôres do Rio de Janeiro, apresentado à III Reunião das Bôlsas e Mercados de Valôres da América, ao comentar os dois diplomas legais (a Lei nº 4.595 e a nº 4.728), anota com propriedade que elas "se ressentem, ambas, das mesmas imperfeições jurídicas" e comenta: "É que na história da Institucionalização da política da moeda e do crédito e do mercado de capitais em nosso País as Leis n.ºs 4.595 e 4.728 marcam a hora e a vez dos economistas. A Revolução de 31 de março abriu-lhes as portas do Poder, e êles, comandados pelo Sr. Roberto Campos, invadiram e ocuparam — com sua pressa e sua pressão — as oficinas de elaboração legislativa. Essa escalada dos economistas às fontes do direito escrito, do ponto de vista técnico-jurídico, foi como uma incursão de macacos em casa de louças. As regras e os rigores que presidiam a elaboração dos textos legislativos foram substituídos pela improvisação e pela afoiteza com que os economistas se puseram a legislar. Para tentar implantar uma nova ordem nas relações econômicas, os economistas não vacilaram em abalar e comprometer algumas vêzes os alicerces da lógica jurídica."

Não quer isto dizer que o Direito carece de elementos e material humano capazes de atender a uma dinamização econômico-social mais volumosa e mais rápida oriunda de natural processo a que nenhum país de nosso mundo, contemporaneamente, se livrou, nem que êsse ritmo seja incompatível com qualquer regulamentação e tutelas adequadas. Apenas se observa que a necessidade do administrador ou do economista, bem como o dever do jurista no seu pronto atendimento, podem ajustar-se, sem prejuízo da conjuntura econômica que pede e do Direito que dá, para comporem o imenso ciclo social do Estado moderno, que faz girar perifêricamente a superestrutura jurídica em tórno da infraestrutura econômica.

Exemplo marcante de despreparo para legislar sôbre matéria penal em Economia é aquêle que nos dá a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do Impôsto de Renda, e dá outras providências. Em seu art. 11 faz incluir entre os fatos constitutivos de apropriação indébita, definida no art. 168 do Código Penal, o não-recolhimento, dentro de 90 dias, a contar do término dos prazos legais, das importâncias do Impôsto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de rendimentos, bem como do valor do Impôsto de Consumo indevidamente creditado nos livros de registro de matérias-primas (modelos 21 e 21-A do Regulamento do Impôsto de Consumo), e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenham sido emitidas

em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia; e, ainda, do valor do Imposto do Sêlo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba especial. No primeiro caso e no último ressalta evidente a impropriedade da equiparação do fato descrito ao crime de apropriação indébita já que aquele não assimila, de forma alguma, a figura desta última. O que ocorre na falta de recolhimento do devido à repartição fiscal é mora ou atraso que nada têm com o dolo no crime de apropriação indébita que se dirige contra o patrimônio, e não contra a posse no caso do fato descrito. No mesmo erro incide o artigo 86 da Lei nº 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social) quando se refere ao não-recolhimento da contribuição devida à previdência social que o empregador desconta do empregado. Essas equiparações nada mais fazem do que extrair a responsabilidade criminal pelo ferrête da presunção legal.

No segundo caso, a equiparação estabelece, legalmente, *confusão manifesta e injustificável entre o crime de apropriação indébita que não existe, no caso, e o uso de documento falso, pois a nota fiscal que não corresponde a efetiva operação de compra e venda ou emitida em nome da firma inexistente ou fictícia representa um documento ideologicamente falso do qual se utiliza o comerciante para reduzir o montante do imposto de consumo a ser pago, conforme permissão legal. De todos os modos este dispositivo está revogado pelo item 2 do art. 1º da Lei nº 4.729 que, como observaremos mais adiante, também estaria previsto pelo crime de falsidade ideológica já previsto na legislação penal comum.*

No § 4º do mesmo artigo diz-se que quando a infração fôr cometida por sociedade, responderão por ela os seus diretores, administradores, gerentes ou empregados cuja responsabilidade no crime fôr apurada em processo regular. A observação é inteiramente desnecessária, pois é princípio de direito penal que responde pelo crime todo aquele cuja responsabilidade fôr apurada em processo regular, sem o que não se poderá declarar nem autoria, nem responsabilidade, nem culpabilidade, nem penação. A menos que tal legislador parta do princípio vedado da responsabilidade objetiva, a regra, aqui, passaria a ser exceção.

Mas, conquanto pareçam graves tais violações aos cofres públicos, até o ponto da legislação capitular contra elas dispositivos penais que chegam, às vezes, a excessos desnecessários, ocorre no seu próprio foral o desconcertante esvaziamento da ameaça e da repressão. Extingue-se a punibilidade (§ 1º do art. 11) se o contribuinte, ou fonte retentora, recolher os débitos previstos antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal, bem como pela existência (§ 2º do art. 11), à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedades de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhidos, excetuados os créditos restituíveis nos termos da Lei nº 4.155, de 28-9-62. No primeiro caso temos a ablação, como bem nota Heleno Fragoso em seu bem lançado *opúsculo* "O Novo Direito Penal Tributário e Econômico", só pode ser causa de extinção de punibilidade não só quando se opera antes do início da ação fiscal, mas quando se tratar de infrações leves, não punidas com pena privativa de liberdade. No

segundo caso, extingue-se a punibilidade, em qualquer tempo, pela compensação, ignorando-se, cabalmente, os fundamentos da tutela e repressão penais, valendo dizer que, no caso, dever do contribuinte para com a repartição fiscal nada tem a ver com qualquer dívida que o Estado possa ter com êle. Não há que se chamar à colação o caso do peculato culposo, pois, aqui, trata-se de crime doloso! E, por último, ainda se obsta o procedimento judicial, exigindo-se que (§ 3º do art. 11) a ação penal só possa ser iniciada por representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência de crime, logo após a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa. Cala fundo a indagação: por que a representação da Procuradoria da República, se nada impediria e tudo aconselharia a ação penal pública independente de condições de procedibilidade? Inexplicável.

O art. 2º do Decreto-lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que "dispõe sobre o recolhimento do imposto sobre produtos industrializados, e dá outras providências", contém disparates não menos insinuantes. Além de assimilar, erroneamente, o fato descrito à apropriação indébita, capitula a responsabilidade objetiva e obriga a propositura da ação penal à mesma condição de procedibilidade injustificável a que já nos referimos anteriormente. Diz êle, *in literis*: "A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de 1ª instância."

LEI Nº 4.729, DE 14 DE JULHO DE 1965

O nosso legislador de 70 capitulou o crime de fraude contra o fisco no art. 376 entre aqueles praticados por particular contra a Administração em geral, ao tutelar o bem jurídico "Administração Pública". Fê-lo melhor do que a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Sua redação é a mesma do projeto Hungria, conservada na sua integridade. Conceituou o crime de sonegação fiscal, abandonando a perigosa enumeração casuística da lei vigente aludida, ampliando sua dinâmica para o aplicador da lei, rompendo o condicionamento de arcaico critério legislativo.

Inicialmente, vamos comentar os dispositivos da vigente Lei nº 4.729, que começa por propor definir o crime de sonegação fiscal, acabando por nem conceituá-lo, mas tão-somente especificar as hipóteses que considera configurar o crime de sonegação fiscal, alertando mesmo no seu art. 3º somente constituírem o crime aludido os atos ali definidos.

Tais hipóteses são incriminadas nos quatro itens do seu art. 1º e são as seguintes:

"1 — prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, declaração que deva ser produzida a agentes da autoridade.

II — inserir elementos *inexatos* ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais.

III — alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis.

IV — fornecer ou emitir documentos *graciosos* ou alterar despesas, *majorando-as*."

O elemento subjetivo que a lei exige para a configuração do crime é o dolo específico, isto é, o ato concreto deve dirigir-se para o fim inscrito no mandamento legal qual seja a intenção de eximir-se total ou parcialmente do pagamento de tributos. A especificidade do dolo aqui exigida — sem a qual o crime não se configura —, não guarda terminologia uniforme entre os diversos itens capitulados, embora, todos queiram expressar o mesmo fim: eximir-se o autor, total ou parcialmente, ao pagamento do tributo devido à Fazenda Pública. Note-se que a sanção penal decorre do crime de fraude e não da dívida fiscal. O fato de deixar de pagar o impôsto não é gerador do delito. A "declaração" versa sobre valores ou fatos.

Imprópria é a incriminação da falsa declaração de bens como sonegação fiscal, pois, não sendo a propriedade tributada, essa falsa declaração não se dirige a sonegar o fisco e, dêsse modo, não pode constituir o crime.

O inciso II já estava abrangido pelo crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal). De todos os modos, a atividade do agente, segundo o desejo do legislador, desviou-se da Fé Pública para a Administração Pública, com a prevalência do elemento subjetivo que exige a especificidade do dolo sobre o **FALSUM** do elemento objetivo.

A falta de emissão da nota fiscal, pelo comerciante, concretiza a hipótese, na sua forma omissiva.

O inciso III refere-se à atividade dos comerciantes que alteram faturas ou documentos pertinentes às operações mercantis.

É bom lembrar que a duplicata que não corresponda a uma venda efetiva de mercadorias é simulada e constitui o crime contra o Patrimônio, do art. 172 do diploma penal vigente.

O item IV diz respeito à terceira pessoa que fornece documento gracioso para beneficiar, *fraudulentamente*, o contribuinte contra o Fisco na sua declaração de renda. O contribuinte praticaria o crime do inciso I ou II ao usar o documento. Todavia, diga-se, que o fato está previsto no Código Penal como falsidade ideológica e uso de documento falso, respectivamente, e que, inclusive, no caso do **falsum** ideológico, também se consigna o dolo específico.

Já nos referimos à impropriedade de se prever extinção de punibilidade pela ablação (art. 2º do Decreto comentado), como o fazem a maioria dos autores. Todavia, o que ocorreu com a Lei nº 4.729, em matéria de afrouxamento da repressão legal à sonegação do fisco, é mais grave quando se coteja o dispositivo que extingue a punibilidade do crime pela ablação (art. 2º) com o dispositivo que obriga a substituição da pena privativa de liberdade (detenção) pela pena de multa, quando se tratar de criminoso primário.

Ora, o conceito penal de reincidência exige condenação anterior, não abrangendo, no caso, a reincidência em ilícito administrativo, justamente a que mais interessa para o caso do agente de crime fiscal. Mas, como o legislador falou de "criminoso primário", o reincidente em ilícito administrativo fiscal não é reincidente para efeito penal. Isto redundaria no seguinte absurdo: todo o crime consumado contra a Fazenda Pública só provoca efetiva repressão por parte da lei penal se o agente não promover o recolhimento do tributo devido antes do início da ação fiscal na esfera administrativa ou, ainda que não o faça, desde que não seja criminoso reincidente. Se o legislador quisesse ser mais liberal, o máximo que se poderia permitir seria adotar a fórmula que o Código Penal de 40 adotou para determinados casos de crimes contra o patrimônio, em que se deu ao Juiz a faculdade de substituir pena de prisão pela pena de multa, em se tratando de criminoso primário e de pequeno valor o objeto do crime. Todavia, em verdade, o que levou o legislador da Lei nº 4.729 a evitar a pena depois do crime, sem dúvida, foi o interesse em fazer com que a Fazenda Pública recebesse o que lhe era devido, muito maior, para ele, do que o interesse de resguardar a inexorabilidade da sanção penal, pois, no caso, a inexorabilidade do pagamento devido e não a da pena ameaçada é que foi o escopo. Aí é que se diverge.

O administrador quer receber do contribuinte o devido. Mesmo que coloque o Direito Penal como cobrador. Para o jurista isto é imoral.

O § 2º do art. 1º diz respeito ao funcionário que, valendo-se da sua função, fraudou o recolhimento que deve como particular, na primeira hipótese e na segunda, também ao funcionário que concorre conscientemente, em razão da função, para a sonegação fiscal de terceira pessoa, exasperando a pena, em ambos os casos.

Nesta última hipótese pode haver concurso formal com o crime de corrupção passiva (317) ou com o de prevaricação (319), caso o ato do funcionário seja circunstanciado pelo recebimento de vantagem ou "para satisfazer interesse ou sentimento pessoal", respectivamente.

No parágrafo único do art. 2º, comete o legislador mais uma das tantas heresias costumeiras. Transcrevêmo-lo *in literis*:

"não será punida com as penas cominadas nos arts. 1º e 6º a sonegação fiscal anterior à vigência desta Lei."

Mais uma vez está demonstrado o desconhecimento cabal do legislador quanto aos princípios que informam o Direito Penal. Desconhece êle o art. 1.º do Código Penal, recentemente omitido em nossa última Carta Magna rompendo velha tradição.

Diz êle:

“Art. 1.º — Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

E o art. 10 arremata:

“As regras gerais dêste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispõe de modo diverso.”

O CONTRABANDO E O DESCAMINHO

O Direito Penal só proclama, mas é insuficiente para defender os direitos alfandegários exigíveis e aludidos no descaminho, bem como a impedir a entrada e saída do território nacional, de mercadorias determinadas que as leis especificam como proibidas. O Brasil é um país difícil para a fiscalização do contrabando, com seus 8.000 quilômetros de costa e sua imensa linha de fronteira despovoada ainda na sua maior parte. A própria fiscalização, desaparelhada e insuficiente, não consegue pospor-se à evolução da criminalidade fiscal neste setor. O descaminho, na repartição aduaneira, é de mais fácil contenção, pois, depende quase que exclusivamente, da atenção, habilidade e perspicácia da autoridade fiscal que as adquire até por experiência. Mas se, mesmo aí, pode ocorrer a fraude, inclusive em concurso de delito com a própria autoridade, fora daí tudo pode acontecer.

É de se notar que, no contrabando, a mercadoria não é qualquer mercadoria, mas a proibida *in re ipsa*, ordenada pelo protecionismo da guerra aduaneira em defesa dos monopólios do Estado ou do seu interesse, pela retenção de metais preciosos, obras de arte ou antiguidades, pela defesa da saúde, da moralidade pública, da segurança do Estado ou dos indivíduos etc. Pondera bem o saudoso e grande Hungria contra o argumento de se considerar o contrabando ou descaminho simples infração administrativo-fiscal (Projeto Sá Pereira).

“Porque deixar-se de punir criminalmente um fato que é condição necessária, ato preparatório próximo ou tentativa de outros fatos incriminados como lesivos da incolumidade de relevantes bens jurídicos ou individuais?” (“Comentários” — vol. IX, página 431, Forense — 1958).

O legislador de 70 aproveitou integralmente o texto do Código vigente no tipo fundamental, com as alterações prescritas na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965.

No que aproveitou o legislador de 40, o legislador de 70 fê-lo bem. Lastimável foi aproveitar as alterações da Lei nº 4.729, sem depurá-las

das imperfeições flagrantes, perdendo excepcional oportunidade, principalmente em se tratando da elaboração de Código!

Depois de definir o descaminho como o fato de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou **pelo consumo de mercadoria**, e exigível na própria repartição aduaneira, o legislador incrimina na letra c do § 1º do art. 375 o fato de vender, expor a venda, manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem.

Ora, no caso em tela, aquele que praticou o descaminho, pelo fato de vender, expor à venda, manter em depósito ou utilizar a mercadoria desviada, não está fazendo mais do que levar a cabo o próprio crime de descaminho não havendo nisso nada a punir face a definição do crime de descaminho que ele já praticou segundo o **caput** do artigo. O que o legislador impôs ao que descaminhou, aqui, foi uma nova punição pelo mesmo fato que se consumou com o descaminho e se exauriu com a vantagem.

Por outro lado, no caso de terceiro que, sabendo ser a mercadoria produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta, a vende, expõe à venda, etc., ocorre o crime de receptação e não descaminho por assimilação.

Na letra d do § 1º do mesmo art. 375 o legislador incrimina como fato assimilado ao descaminho (estamos falando de descaminho porque o legislador não se referiu à "mercadoria", logo, não se trata de contrabando) adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

No caso da mercadoria ser desacompanhada de documentação legal o legislador, para a responsabilidade penal deveria exigir o dolo direto, excluindo o eventual, fazendo que só fôsse legítima a imputação se o agente tivesse ciência de que aquela mercadoria era de procedência estrangeira. Do contrário, como ficou redigido, a simples ausência da documentação legal presume a existência do crime, ainda que não tenha havido crime.

De resto, trata-se mais uma vez de receptação e não passa de redobrado absurdo que fato capitulado como receptação possa, no mesmo diploma legal, ser considerado como assimilado a outro crime.

Podemos afirmar que estas são as áreas mais movediças do Direito — as que se ensaiam em nossos tempos como econômica, financeira e fiscal ou tributária. Não pode o legislador prescindir do jurista na redação dos textos, nem do sociólogo na elaboração do preceito. Antes disso, depois disso, mas com isso, todos os homens podem ser ouvidos. Se não

quisermos o caos legislativo e conseqüentemente o desastre jurídico dos forais sancionados, haveremos de atender sãbiamente à depuração dos primeiros repentes administrativos. Se êste último necessita, os outros hão de se reunir. Se êste último necessita urgentemente, ainda assim, os outros hão de se reunir. A lei mal feita é o pior dos males, porque, sem condições para se impor por mais tempo é desrespeitada e acaba por desmoralizar todo o corpo jurídico a que pertence. O Direito através dos Tribunais, é bom lembrar, vive da Fé Pública, da segurança que oferece a quem se dirige e do reflexo de confiança que lhe tributa cada um. Vale a assertiva de Jean Cruet em "O Declínio do Direito": A lei vale muito mais como um acôrdo do que ficou assentado entre todos, do que como uma imposição unilateral do Estado. O Direito não cria — expressa.

Essa criminalidade que se movimenta no contexto econômico-financeiro, como dizia Ferri, é evolutiva. Contra ela só são importantes os Códigos se a infra-estrutura de uma política de prevenção racional e global e repressão enérgica e poderosa (pelo menos tanto quanto ela) se fizer presente. É aí que vamos encontrar, ao lado da criminalidade de beira-mar, as terminais da super, hiper, alta criminalidade de que nos fala Mestre Lyra, em sua pequena e criadora "Criminologia". É preciso combatê-la sem fazer parte dela.

Exatamente porisso não temos o que opor ao art. 9º da Lei nº 4.729 que reza:

"O lançamento ex officio relativo às declarações de rendimentos, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando os rendimentos, com base na renda presumida, através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte."

Muito mais quando o art. 50 da Lei nº 4.862 insere um parágrafo único ao texto citado que visa defender o contribuinte dos fiscais arbitrários. Transcrevemo-lo:

"O servidor, que de má fé, ou sem suficientes elementos de comprovação, promover lançamento de impôsto indevido será passível de demissão, sem prejuízo da responsabilidade criminal."

Como é óbvio, a responsabilidade criminal recai sôbre o crime de prevaricação ou excesso de exação.

A legislação da maioria dos países permite a utilização de sinais exteriores de riqueza para impugnação de declaração de rendimentos e para arbitramento da renda tributável dos contribuintes. Trata-se de instrumento fiscal que, cuidadosamente manejado, pode se constituir em arma eficiente para combater a fraude e a sonegação de tributos. A fim de se evitar o arbítrio por parte dos agentes do fisco na avaliação dos rendimentos tributáveis com base nos sinais exteriores de riqueza, esta-

belece-se competir ao Conselho Nacional de Economia a aprovação anual dos valores atribuídos aos sinais exteriores assim como dos coeficientes a serem aplicados a esses valores para arbitramento da renda tributável. É este, sem dúvida, recurso legítimo de controle.

Nossa crítica recai quando o legislador, nas suas criações ideais, se distancia da realidade, perdendo-se nas imensas solidões normativas, quase sempre pela ausência do radar do sociólogo.

Como exemplos típicos dessa surdez e cegueira legislativas, cite-se o desafio do jogo clandestino — que é clandestino exclusivamente porque não foi regulamentado, porque é simples e formalmente declarado ilegal, esvaziados seus fundamentos morais pela discriminação arbitrária de “um pode, outro não”. Não pode porque não pode!

Mas, não pode porque não pode, NÃO PODE.

Acaba-se por se proteger, ingênua ou maliciosamente, incríveis, vultosos e escusos interesses de grupos contra toda a nação, em nome de uma moral não reformulada que abrumou até o conservador de hoje, que pode ser conservador sem ser, necessariamente, um tolo.

Aí está. O aborto é crime. Mas a indústria do aborto é uma indústria. É incontrolável... porque fora de registro.

O tráfico de entorpecentes é crime, mas ele é uma indústria.

O contrabando e o descaminho são crimes, mas determinadas mercadorias são tributadas de modo a instigá-los, e o protecionismo ditado pela política aduaneira, muita vez, transborda um monopólio abusivo de lucros descontrolados impondo mercadorias de difícil acesso econômico e qualidade inferior que, por isso mesmo, não pode ser considerada similar de nenhuma outra.

Casa de prostituição é crime, mas elas existem desafiando, não os costumes, mas a Lei.

Entre o ato típico, como hipótese legal e o fato concreto, deve, em certos casos, mediar um acordo restaurador das lesões para que os Juizes, ante o mandamento impostergável, possam decidir com energia sem o perigo de se tornarem injustos.

De tudo o que foi dito, acrescente-se isso: a Legislação criticada possui um mérito. O de pretender coibir as contínuas sangrias das finanças públicas e regular com pretensa energia as atividades da economia nacional. Fê-lo mal. Mas há de melhorar.

Senhores a quem tenho a honra de me dirigir: obrigado, muito obrigado pela paciência e atenção com que me ouviram.

OS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO NÓVO CÓDIGO PENAL

CARLOS HENRIQUE DE C. FRÓES

Como se sabe, os Capítulos II, III e IV do Título III do Código Penal de 1940, relativos aos crimes contra os privilégios de invenção, contra as marcas de indústria e comércio e aos crimes de concorrência desleal, foram revogados pelo Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945, através do qual foi promulgado, no Brasil, o primeiro Código da Propriedade Industrial, cujo título IV tratava, precisamente, dos crimes em matéria de propriedade industrial.

Assim sendo, o estudo comparativo que nos cumpre fazer terá em vista o novo Código Penal e a parte penal do Código da Propriedade Industrial de 1945.

O primeiro problema que se nos apresenta consiste em saber se existe, ou não, *no momento*, repressão, no plano penal, à violação de criações industriais, de sinais distintivos e a atos de concorrência desleal.

Esclareça-se, de passagem, que, em vários países, não existe tutela penal *no campo* da propriedade industrial. É o caso, por exemplo, do Canadá e da Inglaterra.

Nos Estados Unidos não é crime a violação de patentes, porém em alguns Estados constituem crime certas violações de registros. Já alguns atos de concorrência desleal são considerados ilícitos penais, por força de lei federal.

No entanto, a infração de direitos de propriedade industrial é havida como crime na grande maioria dos países, inclusive em Portugal, na

Espanha, no México, na Suíça, na França, na Alemanha, na Holanda, na Suécia, na Itália e na Argentina.

Voltando ao Brasil, verificamos que o Decreto-lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967, que entrou em vigor a 29 de maio de 1967, instituindo um novo Código da Propriedade Industrial, em substituição ao de 1945, silenciou, por completo, quanto aos crimes em matéria de propriedade industrial. Segundo a exposição de motivos, publicada no *Diário Oficial* de 24 de abril de 1967, à página 4.598, o pretexto da omissão foi o de que tais crimes já eram definidos e punidos no Código Penal, não se devendo incluí-los em um Código referente à propriedade industrial, para evitar duplicidade de preceitos sobre o mesmo tema.

Ora, em primeiro lugar, a redação dos dispositivos de natureza penal do Código da Propriedade Industrial de 1945 não coincidia com a dos dispositivos correspondentes do Código Penal de 1940, bastando notar que este considerava como crime a violação de privilégio de invenção ou de descoberta; não punia a violação de direitos decorrentes de modelo de utilidade, porque esse tipo de patente só foi introduzido no Direito Brasileiro em 1945. Em segundo lugar — e aqui está o erro fundamental da Comissão Ministerial, responsável pelo Decreto-lei nº 254 —, não levou ela em conta a norma de direito intertemporal inserida no § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual a lei revogada não se restaura, por ter a lei revogadora perdido a vigência. Não há *ripristinação* no Direito Brasileiro.

A parte relativa aos crimes contra a propriedade industrial, constante do Código Penal de 1940, fôra revogada pelo Código da Propriedade Industrial de 1945, ao regular este, inteiramente, a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2º da Lei de Introdução).

Logo, a omissão do Decreto-lei nº 254/67 quanto aos crimes contra a propriedade industrial significava a inexistência de qualquer repressão, no plano penal, ao uso indevido de marca, à reprodução de produtos e processos patenteados e aos atos de concorrência desleal, passando o Brasil a ser o verdadeiro paraíso da contrafação!

Foi isso o que ponderamos ao então Ministro da Indústria, na exposição de motivos da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial, que fomos incumbidos de redigir, a propósito do monstrego jurídico que é o Código da Propriedade Industrial de 1967.

A questão tem sido debatida pelos tribunais, provocando sempre grande divergência. No Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, decidiu a 2ª Câmara Criminal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 22.180, que o Decreto-lei nº 254 não havia revogado as disposições de natureza penal do Código de 1945, entendendo que esse Código continha normas de direito extra-penal e normas de direito penal, tendo sido reformulada, com o novo Código, apenas a parte extra-penal, mas não a penal, com respeito à qual a nova lei guardou absoluto silêncio, não se podendo, assim, dizer que a lei posterior houvesse regulado, inteiramente, a matéria de que tratava a lei anterior.

Por outro lado, frisou o Relator do acórdão, o eminente Des. ROBERTO MEDEIROS, que tradição de um século quase que consagra o princípio da dupla proteção (a proteção penal e a proteção civil) e interessa, inclusive, ao desenvolvimento da economia nacional, não se deveria considerar interrompida por uma revogação tácita, que, pelo menos, não se mostrava inequívoca.

No mesmo sentido existem a decisão da 3ª Câmara Criminal no *Habeas Corpus* nº 23.882, de que foi Relator o douto Des. MAURO GOUVÊA COELHO, e recente decisão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada na *Apelação Criminal* nº 3.505, de que foi Relator o ilustre Juiz Dr. PEDRO RIBEIRO DE LIMA.

Entretanto, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, adotando, sem discrepância, o voto do eminente Des. ALCINO PINTO FALCÃO, assentou, ao julgar o Recurso Criminal nº 6.748, que o silêncio do Decreto-lei nº 254, de 1967, a respeito dos crimes em matéria de propriedade industrial, deveria ser interpretado no sentido de que não há mais qualquer proteção penal a êsse respeito, não cabendo ao juiz dar vida a dispositivos revogados, substituindo-se ao legislador. Foi citada, ao propósito, a observação de MANZINI, que se conjuga com o princípio da não rípristinção, inserido na Lei de Introdução ao Código Civil:

“Abrogata la legge che aveva abrogato una legge anteriore, questa non riprende vita soltanto perchè la nuova legge abrogatrice non contiene disposizioni.”

O Supremo Tribunal Federal já julgou, mais de uma vez, que o silêncio da nova lei sobre a matéria significa que continuam em vigor os dispositivos de natureza penal do Código da Propriedade Industrial de 1945, não se podendo cogitar, como é óbvio, do Código Penal de 1940, como era intenção da Comissão Ministerial (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 43, pág. 387; e vol. 51, pág. 424).

Prevaleceu, portanto, a tese, um tanto forçada pelas circunstâncias, de que, ao lado do Código da Propriedade Industrial de 1967, permanecia em vigor *uma parte do antigo*, ou seja, a que trata de matéria penal e parece lógico admitir, a que cuida de matéria processual penal e processual civil (é o caso, por exemplo, da ação cominatória, cumulada com a de indenização, a que se refere o art. 189 e seu parágrafo único), porquanto estas, também, não se acham reproduzidas no Código de 1967.

Entretanto, ao admitir essa estranha simbiose, o Supremo Tribunal Federal incorreu em contradição com um de seus próprios julgados, o acórdão no Recurso Extraordinário n.º 66.483, em que se repeliu a tentativa de se formar uma terceira lei, aproveitando parte da antiga e parte da nova, ressaltando o Relator, o insigne Ministro LUIZ GALLOTTI, ser isso coisa inadmissível, segundo a lição dos mestres de Direito intertemporal (*Diário da Justiça* de 19 de setembro de 1969, pág. 4.240).

Realmente, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, entendemos que, a rigor, não há mais ilícito penal em caso de violação de direitos de propriedade industrial, pois não se trata, aqui, apenas de uma lei posterior, que teria ou não revogado, com seu silêncio, uma parte da lei anterior: é um *Código da Propriedade Industrial* — o de 1967 — que substituiu outro *Código da Propriedade Industrial* — o de 1945. Não se pode, assim, deixar de presumir que o novo Código revogou *tôda a matéria constante do Código anterior*, ainda que isso não fôsse expressamente referido nas Disposições Finais.

O Decreto-lei nº 254 já foi, a esta altura dos acontecimentos, substituído pelo Decreto-lei nº 1.005, de 21 de outubro de 1969, que, porém, não solucionou o problema.

Quando o anteprojeto desse Código foi enviado ao Ministério da Justiça para exame, o então Consultor Jurídico desse Ministério, o eminente jurista Dr. RENATO RIBEIRO, sugeriu a inserção de um artigo no Capítulo das Disposições Finais, com a seguinte redação:

“Art. — Continua em vigor o Título IV do Decreto-lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, com a redação do Decreto-lei nº 8.481, de 27 de dezembro de 1945.”

E justificou sua sugestão, aludindo às dúvidas surgidas, diante da omissão do Código anterior.

Pois bem, o então Consultor-Geral da República, Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, ao qual foi solicitado parecer — devido às controvérsias surgidas entre o Ministério da Justiça e o da Indústria e do Comércio —, afirmou, textualmente, que mantinha parecer anterior sobre a matéria, acrescentando que não via necessidade de incluir-se no Código da Propriedade Industrial a parte criminal já regulada no Código Penal e no Código de Processo Penal (parecer publicado no *Diário Oficial* — Seção I — Parte I, de 21 de outubro de 1969, págs. 8.931/2).

Como se vê, o ilustre Consultor não se referiu ao novo Código Penal, que só entraria em vigor a 1º de janeiro de 1970, e sim ao anterior, revogado, nessa parte, pelo Código da Propriedade Industrial de 1945!

Por conseguinte, *perdeu o legislador, ao editar o Decreto-lei nº 1.005, uma excelente oportunidade de ser claro*, sendo imperdoável não ter sido acolhida a proposta feita pelo Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, o Dr. RENATO RIBEIRO, o que significa que, até entrar em vigor o novo Código Penal, a matéria continuará provocando polêmicas!

Feitas essas observações preliminares, vejamos, agora, quais as alterações introduzidas pelo novo Código Penal na legislação referente aos crimes contra a propriedade industrial de 1945 já que, pelos motivos expostos, não se pode cogitar da parte correspondente do Código Penal de 1940, morta e sepultada há 25 anos, isto é, quando entrou em vigor o Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945.

A própria exposição de motivos do novo Código Penal esclarece que *muito pouco se inovou no capítulo referente aos crimes contra a propriedade industrial*, ressaltando que, com o advento do novo Código da Propriedade Industrial, tornou-se imperiosa a atualização dos crimes contra a patente de invenção, o modelo de utilidade, o desenho ou modelo industrial e outras infrações contra a propriedade industrial, dada a omissão verificada no Decreto-lei nº 254, de 28 de fevereiro de 1967. Daí terem retornado, agora, ao Código Penal, devidamente atualizados, os dispositivos que tutelam a matéria. Foi também atualizado o valor das multas, que se tornaram irrisórias, dada a desvalorização da moeda, entre 1945 e 1970.

O Título III do novo Código Penal contém, a exemplo do Código da Propriedade Industrial de 1945, capítulos referentes à violação da patente de invenção, de modelo de utilidade, de desenho ou modelo industrial; à violação de marca de indústria e comércio; de nome comercial, de título de estabelecimento, de insígnia, de expressão ou sinal de propaganda; aos crimes de concorrência desleal e aos crimes contra armas, brasões ou distintivos públicos e aos de falsa indicação de procedência.

Vejamos cada um deles de per si.

Antes de falar sobre os crimes de violação às criações industriais ou invenções, num sentido amplo, cumpre lembrar conceitos que têm sido deturpados, ultimamente, por pessoas menos esclarecidas. *A patente não é um mal que se tolera, mas um bem que se tutela, no interesse público.*

A razão de ser do sistema de patentes de invenção está bem demonstrada em recente relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), sobre a função das patentes na transmissão da tecnologia aos países insuficientemente desenvolvidos, que resultou de uma proposta do Brasil, feita em 1961, pelo então Deputado GUERREIRO RAMOS, que se destinava a provar exatamente o contrário, isto é, que as patentes constituíam um obstáculo ao progresso.

Esse relatório, feito por especialistas na matéria, contendo dados sobre a situação da propriedade industrial no mundo inteiro, demonstra, com absoluta segurança, que o monopólio temporário de exploração concedido pela patente serve, a um só tempo, de *prêmio e estímulo*, proporcionando o desenvolvimento econômico de cada país pelo incentivo que oferece à inversão de capitais em novos ramos de produção.

De fato, a patente constitui o estímulo, por excelência, oferecido pelo Estado ao desenvolvimento industrial. Através dela procura-se dar ao inventor as garantias necessárias para que se faça, em breve tempo, a industrialização de novos produtos ou processos.

São exatamente os países que mais ampla proteção outorgam às patentes os que atingiram o maior índice de progresso, o que é facilmente explicável, porque, possibilitando as patentes a produção, em escala industrial, dos novos inventos com a garantia de exclusividade durante um certo período, dão ensejo à utilização quase imediata das mais avançadas realizações tecnológicas.

Em outras palavras: a patente é um monopólio concedido pelo Governo, no *interêsse público*, para estimular as invenções, e com isso *promover o desenvolvimento econômico de cada país*.

Pode-se dizer, sem receio de errar, que a proteção à propriedade industrial se exerce no mundo inteiro, *qualquer que seja o sistema de governo, qualquer que seja o grau de desenvolvimento econômico*. Protegem-se as invenções quer nos países capitalistas, quer nos países socialistas. Nos países desenvolvidos, nos países subdesenvolvidos e nos países em desenvolvimento.

Prova disso é que a Convenção de Paris de 1883 congrega, no momento, cerca de 80 países, inclusive os principais países do Ocidente, como também os países de economia socialista, inclusive a Rússia, e as antigas colônias africanas e asiáticas que se emanciparam depois da 2ª Grande Guerra.

Só dois grandes países permanecem fora deste salutar convívio internacional: a *China* e a *Índia*.

A Rússia só aderiu à Convenção de Paris muito recentemente, depois de outros países de economia socialista, como a Bulgária, Iugoslávia, Polónia, Hungria, Tchecoslováquia e Romênia, que já faziam parte da Convenção ao se tornarem socialistas e nela continuaram. O mesmo aconteceu com Cuba, que não só permaneceu na Convenção, como aderiu ao texto das últimas revisões, ao passo que o Brasil, com sua responsabilidade de membro-fundador, está, ainda, no texto de Haia de 1925!

Como disse JEAN-JACQUES SERVAN SCHREIBER, em seu fabuloso "O Desafio Americano", "a força moderna é a capacidade de inventar, isto é, a pesquisa e a investigação; é a capacidade de inserir as invenções nos produtos, isto é, a tecnologia" (pág. 273).

O art. 206 do novo Código Penal, referente à violação da patente de modelo de utilidade, que está fadado a ter vida muito curta, porque o modelo de utilidade, que corresponde ao *Gebrauchsmuster* dos alemães, em boa hora introduzido no Brasil pelo Código da Propriedade Industrial de 1945, foi inexplicavelmente abolido pelo Decreto-lei nº 254/67, neste passo seguido pelo Decreto-lei nº 1.005/69, de sorte que, sendo a duração do modelo de utilidade de apenas 10 anos, em 1977 estarão expirando os últimos modelos de utilidade concedidos de acordo com o Código da Propriedade Industrial de 1945. Logo, a partir de 1978, o art. 206 do novo Código Penal será letra morta.

O art. 205, a exemplo do art. 169 do Código da Propriedade Industrial de 1945, configura como crimes os seguintes fatos, se praticados sem autorização de quem de direito:

1. Fabricação de produto patenteado.
2. Uso de meio ou processo patenteado.

3. Importação, venda, exposição à venda, ocultação ou recebimento, para o fim de venda, de produto fabricado com violação de patente.

Faça-se justiça aos autores do novo Código. A redação do art. 205 é *muito superior* à do dispositivo correspondente anterior, pois neste aludia-se a “sem autorização do concessionário ou cessionário”, frase que foi substituída, com vantagem, por “sem autorização de quem de direito”, que está de acordo com a boa técnica.

Realmente, *concessionário*, como todos sabem, é equivalente a *licenciado*, isto é, aquele a quem foi dado consentimento para a exploração do invento *patenteado*, mediante contrato averbado no Departamento Nacional da Propriedade Industrial. Já *cessionário* significa aquele que recebeu a patente em virtude de alienação, de sorte que não cuidou o legislador de 1945, seguindo, aliás, o de 1940, do titular da patente que não houvesse cedido seus direitos a terceiro, nem houvesse licenciado o uso da invenção! A falha, felizmente, foi perfeitamente corrigida no novo Código.

Constitui crime não só a fabricação de *produto* patenteado, como o uso, exploração ou emprêgo de *meio* ou *processo* patenteado, não se referindo o novo Código Penal a outras formas de invenção, consagradas, sem divergência, pela doutrina e pela jurisprudência, a saber a *aplicação nova de meios conhecidos e a combinação*. Entendemos, como o notável PONTES DE MIRANDA, ao comentar dispositivo análogo do Código da Propriedade Industrial de 1945, que a palavra *processo* ou *meio* inclui a aplicação nova e também a combinação.

Merece particular atenção, no capítulo referente aos crimes contra as patentes de invenção, o *crime de importação de produto fabricado com violação de patente*.

A matéria tem sido objeto de larga discussão, na doutrina.

Afirma o Prof. BASILEU GARCIA, em parecer publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 317, pág. 38, que esse dispositivo proíbe, apenas, a importação de produto patenteado, mas não de produto fabricado mediante processo patenteado. Já LUIZ LEONARDOS, em artigo publicado na mesma revista, vol. 326, pág. 41, contestou essa afirmação, demonstrando, a nosso ver de maneira irrefutável, que o crime se configura, em tese, quer na hipótese de importação de produto patenteado, quer na hipótese de importação de produto fabricado de acordo com processo patenteado, sendo, ainda, irrelevante o fato de existir ou não patente correspondente no país da exportação. Realmente, parece-nos claro que a lei proíbe a importação tanto do *produto patenteado* como do *produto fabricado mediante processo patenteado*, ao aludir a *produto fabricado com violação de patente*. Ora, a patente pode ser de *produto* ou de *processo* e, se a lei quisesse restringir, como pretende o Prof. BASILEU GARCIA, não empregaria a frase “produto fabricado com violação de patente” e sim “produto patenteado”.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 47.472, o Supremo Tribunal confirmou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que a importação de produto fabricado no exterior, segundo processo aqui patenteado, é ato ilícito, dando margem a indenização (acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 29 de junho de 1961, pág. 1.185). Mais recentemente, também apreciando processo de natureza cível, o Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade de votos, proclamou, referindo-se, expressamente, ao art. 169, III, do Código da Propriedade Industrial de 1945, que a importação de produto fabricado no estrangeiro, de acôrdo com processo aqui objeto da patente, constitui infração a essa patente (*Diário da Justiça* de 6 de abril de 1970).

Por outro lado, é irrelevante que no país da fabricação exista ou não exista patente referente ao produto ou ao respectivo processo de fabricação. A fabricação pode ser lícita no estrangeiro, sendo, entretanto, ilícita a introdução do produto, por qualquer forma, no Brasil, pois nessa matéria prevalecem dois princípios, o da independência das patentes, consagrado pela Convenção de Paris de 1883, que vigora no Brasil através do Decreto nº 19.056, de 31 de dezembro de 1929, e o princípio da territorialidade. A patente brasileira só vale no Brasil. Perde sua eficácia e se esvazia para além de nossas fronteiras, da mesma forma que uma patente estrangeira não produz qualquer efeito neste País.

Note-se, além do mais, que agiu com acêrto o legislador ao proibir a importação de produto fabricado no estrangeiro, com violação de patente (quer patente de produto, quer patente de processo), pois, de outra forma, seria muito fácil burlar a lei. Não sendo permitida a fabricação de um produto, no País, em virtude da existência de uma patente, bastaria que se encomendasse a fabricação no estrangeiro e se fizesse sua importação para o Brasil!

Ressalte-se, a propósito, que, em quase todos os países civilizados, a importação de produto fabricado com violação de patente constitui crime. Isso ocorre no México, país cujo grau de desenvolvimento é mais ou menos igual ao do Brasil, no Japão, na Itália, na Holanda, na Suécia, na Espanha, na França e na Inglaterra.

Na França merece destaque o aresto do Tribunal do Sena, de 8 de dezembro de 1961, de cuja ementa consta o seguinte trecho, bastante expressivo: "*Le fait d'introduire et de vendre en France un produit couvert par un brevet français tombe sous le coup de l'article 41 de la loi du 5 Juillet 1844, même si le produit a pu être licitement fabriqué à l'étranger.*"

Por sua vez, na Inglaterra, segundo TERRELL, além de constituir crime a importação, dá-se a inversão do ônus da prova no caso de infração de processo patenteado, de maneira que incumbe ao réu provar que o produto foi fabricado de acôrdo com outro processo, que não o patenteado.

O Capítulo III do novo Código Penal trata dos crimes contra as marcas de indústria e comércio.

Já aqui cabe uma crítica ao legislador, que não acompanhou, *pari passu*, a evolução do Direito Industrial no País. De fato, o Decreto-lei nº 254/67, adotando, no particular, uma sugestão feita no anteprojeto de reforma da legislação sobre a propriedade industrial, elaborado por uma Comissão Especial do Instituto dos Advogados Brasileiros, que tivemos a honra de integrar, em 1964, juntamente com os juristas JULIO MELLO e LUIZ LEONARDOS, criou as chamadas *marcas de serviço* (art. 74), destinadas a distinguir serviços ou atividades, ao lado das *marcas de indústria e comércio*, que distinguem artigos ou produtos. Na justificativa dessa proposta, mostrou a Comissão que buscava legalizar uma situação de fato, uma vez que, embora inexistindo norma legal expressa permissiva, o Departamento Nacional da Propriedade Industrial já vinha concedendo o registro de marcas de serviço, que são reconhecidas universalmente, havendo, inclusive, recomendação de congressos internacionais, no sentido de que todos os países deveriam assegurar proteção a essas marcas.

No entanto, por inadvertência do legislador penal, a violação do direito decorrente de marca de serviço não constituirá crime, a não ser que seja modificado o art. 212 do novo Código da Propriedade Industrial, ou para se lhe acrescentar a frase “e de serviço” ou para eliminar a frase “de indústria ou de comércio”.

No § 1º do mesmo art. 212 há uma omissão grave, que, no entanto, pode ser imputada a um *lapsus calami*. É que faltou, antes das expressões “expõe à venda” e “tem em depósito”, a palavra “vende”. Se fôr mantida a redação atual, a venda de artigo ou produto contrafeito não constituirá crime, embora sejam puníveis a exposição à venda e o depósito!

Parece-nos, aliás, que o § 1º do art. 212 e o item III do art. 205, relativo às patentes, deveriam ter redação correspondente, para que sejam puníveis a importação, a venda, a exposição à venda, a distribuição, o recebimento para o fim de venda, o depósito e a ocultação.

O Capítulo III do Título III do novo Código Penal mantém, em linhas gerais, o mesmo esquema do Código Penal de 1940 e do Código da Propriedade Industrial de 1945, punindo as três formas clássicas de contrafação: a reprodução total ou parcial, a imitação e a usurpação.

Continua, pois, prevalecendo nessa matéria o mandamento a que se refere, pitorescamente, WALDEMAR FERREIRA: “Não cobiçarás a marca do próximo.”

Quem ler o art. 212, item I, desavisadamente, ou seja, sem associá-lo ao art. 76, nº 15, do atual Código da Propriedade Industrial, poderá incorrer no equívoco de pensar que a reprodução, no todo ou em parte, de marca registrada de outrem ou que a imitação suscetível de induzir o consumidor em erro ou confusão constitua *sempre* crime, o que não é

verdade, porquanto persiste, no tocante às marcas, o chamado *princípio da especialidade*, em virtude do qual é admissível o registro e o uso de marcas idênticas ou parecidas com outras já registradas *se os respectivos artigos ou serviços forem diferentes*.

Segundo o art. 76, nº 15, do atual Código da Propriedade Industrial, é proibido o registro de marcas que constituam reprodução ou imitação de outras já registradas se os artigos forem idênticos, semelhantes, pertencentes ao mesmo gênero de indústria e comércio e pertencentes a gêneros de indústria e comércio afins.

A regra é, portanto, o reconhecimento de proteção ampla, mas não absoluta, os proprietários de marcas, não se podendo tolerar a existência de marcas idênticas ou parecidas se houver uma relação entre os respectivos artigos ou serviços que possibilite erro ou confusão por parte do consumidor, como procuramos demonstrar no artigo intitulado "Âmbito de Proteção à Marca", publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 403, pág. 31.

Como preleciona RUDOLPH CALLMANN, em seu notável "Unfair Competition and Trademarks", a imprópria chamada confusão de artigos não é a única que deve ser impedida, mas também a *confusão de negócios (confusion of business)*, isto é, a que ocorre quando os artigos produzidos pelo réu são de tal natureza que o consumidor possa, razoavelmente, pensar que eles tenham a mesma origem dos artigos do autor.

Se isso ocorre nos Estados Unidos, na França vai se firmando a jurisprudência de que a proteção à marca deve ser estendida aos chamados *produtos vizinhos*, que, por sua natureza ou por sua destinação, possam ser havidos pelos compradores como fabricados ou vendidos pela empresa proprietária da marca reproduzida ou imitada.

Há, apenas, uma única exceção ao princípio da especialidade das marcas. É que o Código da Propriedade Industrial concede, no art. 79, uma *proteção absoluta* às marcas notórias ou de alta reputação, de sorte a impedir o registro e o uso de marcas iguais ou parecidas, independentemente de cogitação quanto à natureza dos artigos ou serviços em jogo.

Esse dispositivo foi também introduzido no Direito Brasileiro graças à sugestão do Instituto dos Advogados Brasileiros, que foi justificada com a invocação de farta doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, demonstrando ser imprescindível prevenir e reprimir a apropriação de marcas notórias por terceiros, ainda que para distinguir artigos ou serviços *diferentes*, dada a possibilidade de perda ou enfraquecimento do caráter distintivo da marca e de seu poder atrativo junto à clientela, isto é, o que juristas ingleses e americanos chamam de *dilution*, os franceses de *affadissement* e os alemães de *Verwaesserung*.

Por isso mesmo, consta do § 2º do art. 79 do Código da Propriedade Industrial em vigor, o Decreto-lei nº 1.005, o seguinte dispositivo, que é o único em matéria penal: "O uso indevido de marca que reproduza

ou imite marca notória devidamente registrada no Brasil constituirá agravante do crime previsto na lei própria.”

Todos os crimes de violação de marca têm como pressuposto a existência de seu *registro* — não basta pedido de registro. Daí não se segue, porém, que a reprodução ou imitação de marca não registrada seja penalmente indiferente. Não é, mas o ilícito é outro: o de *concorrência desleal*, como veremos mais adiante.

O Capítulo IV do Título III trata dos crimes contra o nome comercial, o título de estabelecimento, a insígnia ou a expressão de propaganda.

O novo Código Penal foi baixado através do Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, e, na mesma data, foi sancionado o Decreto-lei nº 1.005, referente ao novo Código da Propriedade Industrial, que modificou bastante o anterior, extinguindo, por exemplo, o registro do nome comercial e o da insígnia.

A rigor, a insígnia outra coisa não é senão o *título de estabelecimento em sua forma emblemática*, sendo muitas vezes usadas essas palavras como sinônimas, de sorte que a abolição de registro de insígnias não tem qualquer efeito prático, pois o que antes era protegido como insígnia sê-lo-á, agora, como título de estabelecimento.

Curioso é, porém, verificar que os responsáveis pelo Decreto-lei nº 1.005/69 assimilaram a insígnia à marca de serviço, tanto que, no § 3º do art. 166 desse decreto-lei, permitiram a transformação dos pedidos de registro de insígnias em marcas de serviço, quando coubesse!

De qualquer forma, porém, só se poderá falar no registro de insígnia até 1979, quando expirará o último registro de insígnia concedido pelo Departamento Nacional da Propriedade Industrial.

No que tange ao nome comercial, entenderam os autores do Decreto-lei nº 1.005, adotando, mais uma vez, proposta do Instituto dos Advogados Brasileiros, feita em 1964, ser desnecessário seu registro no Departamento Nacional da Propriedade Industrial, estipulando no art. 166 que a exclusividade de uso do nome comercial, em todo o Brasil, decorrerá, pura e simplesmente, do arquivamento do contrato social ou dos estatutos da sociedade comercial, na Junta Comercial, ou do *registro* da sociedade civil, no Registro de Pessoas Jurídicas.

Logo, impõe-se a modificação do art. 213, pois, diante do novo Código da Propriedade Industrial, para haver uso indevido de nome comercial não há mais que se falar em registro no Departamento Nacional da Propriedade Industrial!

O registro só é exigido para o título de estabelecimento e para a expressão ou sinal de propaganda.

Entre os crimes contra as patentes de invenção, figura o de falsa atribuição de patentes, que se verifica, entre outros casos, quando alguém faz menção em prospectos, letreiros, anúncios ou outro meio de publicidade, a patente que não existe ou a pedido de patente que é capciosamente apresentado como se fôsse patente.

Entretanto, dispositivo análogo não existe em relação às marcas, sendo de justiça ressaltar que essa omissão não é imputável, apenas, ao legislador de 1969, mas, também, ao de 1945 e ao de 1940.

A nosso ver, a falsa atribuição de registro de marca deveria também constituir ilícito penal, a exemplo do que acontece no Estado de Nova York, em que o uso do símbolo *R dentro de um círculo* é criminoso quando a marca a que se refere não está registrada.

Examinemos, agora, o Capítulo V, referente aos crimes de concorrência desleal.

Esse capítulo é praticamente idêntico ao capítulo correspondente ao Código da Propriedade Industrial de 1945, que, por sua vez, é cópia, *ipsis litteris*, do capítulo respectivo do Código Penal de 1940.

A única modificação introduzida no Código atual está na fusão dos itens XI e XII do art. 178 do Decreto-lei nº 7.903, que se tornaram um só, e na inserção de um novo inciso XII com a seguinte redação:

“XII — Registra ou tenta registrar como própria, indevidamente, invenção alheia ainda não patenteada.”

Considerou, portanto, o legislador como ilícito penal a *usurpação de invenção*, desde que ainda não patenteada.

O dispositivo em apreço se ressentia de melhor técnica. A palavra *registro* é usada, no Código da Propriedade Industrial, exclusivamente em relação aos *sinais distintivos* (marca, título de estabelecimento, expressão ou sinal de propaganda), ao passo que a palavra *patente* é empregada em relação às *criações industriais* (invenção, modelo industrial e desenho industrial).

O registro é o diploma conferido pelo Governo, que assegura o uso exclusivo do sinal distintivo e a patente, o diploma pelo qual o Governo garante o uso exclusivo da criação industrial.

No entanto, certamente por um lapso, utilizou o legislador penal, no referido inciso XII, a expressão “registra ou tenta registrar”, em relação a invenção, o que constitui falta de técnica, igual a se dizer “patentear ou tentar patentear” no tocante a um sinal distintivo. Por outro lado, achamos que a *usurpação de invenção* deve ser punida ainda que o inventor ou seu cessionário tenha obtido patente. Em outras palavras, o crime não deve ser limitado à hipótese de não ter sido, ainda, patenteada a invenção por quem de direito.

Como diz GAMA CERQUEIRA, em seu excelente "Tratado da Propriedade Industrial" o Código da Propriedade Industrial de 1945 não definiu a concorrência desleal, cujo conceito supõe conhecido. Da mesma forma procedeu o legislador em relação ao novo Código Penal, deixando essa definição a cargo da doutrina e da jurisprudência.

De um modo geral as definições de concorrência desleal incorrem em um circunlóquio, a ponto de dizer GIANNINI, a êsse propósito: "Questo è quanto dire: la concorrenza è sleale, quando non è leale."

A própria definição da Convenção de Paris se ressentia desse vício: "Art. 10 bis — Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrária às práticas honestas em matéria industrial ou comercial."

Uma coisa é certa: a concorrência é uma das moças do progresso, devendo ser proibido todo e qualquer expediente destinado a perturbá-la de modo irregular e desonesto.

O novo Código Penal mantém a repressão aos principais abusos em matéria de concorrência: o denegrimiento de concorrente; o desvio de clientela; a falsa indicação de procedência; o suborno de empregados do concorrente; e a divulgação de segredo de fábrica ou de negócio.

Quanto ao denegrimiento ou imputação de fatos que ferem a reputação do concorrente, merece ser lembrado um trecho do imortal "Othello", em que diz Sheakespeare, através de Iago:

"Good name in man and woman, dear my lord,
Is the immediate jewel of their souls:
Who steals my purse steals trash; 'tis something, nothing;
'Twas mine, 'tis his, and has been slave to thousands;
But he that filches from me my good name
Robs me of that which not enriches him,
And makes me poor indeed."

(Ato III — Cena III)

Isso quer dizer que o grande poeta inglês já está, de certa forma, *desatualizado*, pois, agora, muitos dos que prejudicam a reputação alheia fazem-no para lograr uma vantagem na luta pela conquista da clientela.

O crime de concorrência desleal mais importante parece-nos ser o do art. 216, III, do novo Código Penal, ou seja, o emprêgo de meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, a clientela de outrem. O primeiro grande exemplo de desvio de clientela é o da reprodução ou imitação de marca alheia *usada mas não registrada*. Como vimos, anteriormente, em caso de existir registro, o crime será o de violação de marca, e não havendo registro, o de concorrência desleal.

A doutrina é uniforme a êsse respeito, a começar por NELSON HUNGRIA, para quem é incriminado todo expediente insidioso para captar a freguesia de outrem, inclusive "usar os sinais distintivos não registrados do concorrente" ("Comentários ao Código Penal", vol. VII, pág. 375). No mesmo sentido, GAMA CERQUEIRA (*op. cit.*, vol. II, parte III, pág. 378) e PONTES DE MIRANDA ("Tratado de Direito Privado", vol. 17, pág. 311).

Assim decidiu, também, o Tribunal de Alçada de São Paulo, na Revisão Criminal nº 37.374, em acórdão publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 363, pág. 207.

Incluem-se, ainda, no âmbito do crime de desvio de clientela a reprodução ou imitação da publicidade de outrem e também a cópia ou imitação de embalagens, envoltórios e recipientes alheios, desde que, como pondera GAMA CERQUEIRA, êsses sinais apresentem distintividade e estejam em uso prolongado, de modo a se tornarem conhecidos (*op. e vol. cit.*, pág. 378).

Merece destaque, no exame dêsse tópico da concorrência desleal, uma recente decisão do ilustre Juiz RICHARD PAUL NETO, confirmada, unânimemente, pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara, publicada no *Diário Oficial*, parte III, de 4 de dezembro de 1969, págs. 415 e segs. Essa sentença, que se baseou num excelente laudo pericial do ilustre advogado OSCAR JOSÉ WERNECK ALVES, reputou como ilícita a imitação servil de modelos, catálogos e listas de determinado fabricante, muito embora êstes não estivessem registrados.

Vejamos, agora, a repressão à falsa indicação de procedência, ou falsa indicação de proveniência, que abrange três preceitos do Código Penal, dois no capítulo dos crimes de concorrência desleal e um no capítulo relativo aos crimes contra armas, brasões ou distintivos públicos e de falsa indicação de procedência.

O primeiro dêles é perfeito:

"Art. 216 — Comete crime de concorrência desleal quem:

IV — produz, importa, exporta, armazena, vende ou expõe à venda mercadoria com falsa indicação de procedência."

Já o segundo, que é igual ao do Código da Propriedade Industrial de 1945, deixa muito a desejar. Eis sua redação:

"V — Usa em artigo ou produto, em recipiente ou invólucro, em cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico" ou equivalente, não ressalvando a verdadeira procedência do artigo ou produto."

Aqui houve, em relação ao Código Penal de 1940, um lamentável retrocesso, pois êste, na parte final do art. 196, V, que correspondia, em linhas gerais, ao preceito ora comentado, dizia: "ressalvada ou não a verdadeira procedência do artigo ou produto". GAMA CERQUEIRA esclarece, em seu tratado, que a disposição do Código de 1945 precisava ser entendida em termos, sustentando não ser lícito o uso de expressões

capciosas referentes a lugares de produção, como, por exemplo, “vinho tipo Pôrto” ou “café tipo Santos”, pois a ressalva não excluía a possibilidade de erro ou confusão, tanto mais que, em geral, figurava de forma dissimulada.

Acrescente-se que, no caso de indicação de proveniência de produtos puramente naturais (*reine Naturerzeugnisse*), como a *água mineral*, e de produtos naturais (*Naturerzeugnisse*), como o *vinho*, para usar da classificação do Prof. FRIEDRICH-KARL BEIER, da Universidade de Munique, autor de notável monografia sobre o assunto, intitulada “A proteção das indicações de origem geográfica na Alemanha”, é realmente impossível obter, alhures, um produto com as mesmas qualidades e características, por serem estas tributárias do *solo, subsolo, clima e vegetação*, fatores exclusivamente naturais.

Assim, os chamados termos retificativos, *mesmo acompanhados da ressalva permitida pela lei*, são deceptivos.

Por isso mesmo, o Acôrdo de Lisboa, de 1958, relativo à proteção das chamadas denominações de origem, que equivalem, a grosso modo, às indicações de proveniência de produtos naturais, ainda não ratificado pelo Brasil, dispõe, no art. 3º:

“Art. 3º — La protection sera assuré contre toute usurpation ou imitation, même si l'origine véritable du produit est indiqué ou si l'appellation est employée en traduction ou accompagnée d'expressions telles que “genre”, “type”, “façon”, “imitation” ou “similaire.”

O terceiro dispositivo no setor das indicações de proveniência é, porém, satisfatório:

“Art. 218 — Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda, que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto ou artigo com êles assinalado.”

A redação desse artigo poderia ser ainda melhor se o legislador tivesse levado em conta que o Código da Propriedade Industrial de 1967 (seguido pelo de 1969) passou a proibir não só o registro de marca que constituísse indicação de proveniência como, também, que constituísse *imitação suscetível de confusão*.

De um modo geral, parece-nos que as penas no tocante aos crimes contra a propriedade industrial são benignas, embora não se deva chegar ao exagêro de um édito do século XIV, citado por MAILLARD DE MARAFY, segundo o qual eram punidos com a pena de enforcamento os taverneiros que cometessem fraudes quanto à origem dos vinhos...

Há um dispositivo no nôvo Código Penal, igual ao Código da Propriedade Industrial de 1945, que passará a ter importância transcendental, em virtude de modificação recentemente introduzida no Código da Propriedade Industrial: o art. 216, IX, que tutela *o segredo de fábrica*.

É que, em lamentável retrocesso, que coloca o Brasil ao lado dos países mais atrasados do mundo, os autores do Código da Propriedade

Industrial de 1969 proibiram a concessão de patentes para invenções relativas a processos de fabricação de produtos farmacêuticos e alimentícios, o que significa que, sem o incentivo representado pela patente com seu monopólio de exploração, a prazo curto, será difícil haver desenvolvimento muito grande na indústria farmacêutica e alimentícia nos próximos anos.

Ora, conforme o já citado relatório da ONU, alusivo à função das patentes na transmissão de tecnologia aos países insuficientemente desenvolvidos, o conhecimento patenteado é apenas uma parte do conhecimento tecnológico total que deve chegar aos países em fase de desenvolvimento. Mais importante que a própria patente é, às vezes, o *know-how*, isto é, os segredos de fabricação, as fórmulas, os processos, os planos etc.

Logo, não dispondo mais, no Brasil, da proteção das patentes para as invenções referentes a processos de fabricação de produtos farmacêuticos e alimentícios, os industriais procurarão guardar, na medida do possível, tais invenções em segredo, o que aumentará, em muito, a chamada *espionagem industrial*.

Há vários casos de concorrência desleal de que a lei não cogita, mas deveria ou poderia cogitar. Um deles é o das *indicações profissionais no passado* ("ex-gerente de...", "ex-empregado de..." etc.), a que se refere PONTES DE MIRANDA em seu tratado. Outro é o da *referência a marca alheia*, sobretudo na propaganda, que pode dar ensejo à concorrência desleal, como adverte YVES SAINT-GAL, em seu recente magnífico "Protection et Défense des Marques de Fabrique", já em sua 3ª edição, na hipótese, por exemplo, de que o fabricante ou vendedor de peças de reposição de uma máquina faça referência à marca desta, de modo a se fazer passar, perante o público, como concessionário do fabricante da própria máquina.

Nos países da Europa e também nos Estados Unidos, a preocupação maior, no momento, não é com a concorrência desleal e sim com a *regulamentação da concorrência*, de que é exemplo expressivo o Tratado de Roma, que instituiu o Mercado Comum Europeu. O art. 85 desse Tratado proíbe, a exemplo de nossa Lei Antitruste, acórdos entre empresas que tenham por objeto impedir, restringir ou distorcer o jôgo livre da concorrência.

São considerados ilícitos, entre outros, a fixação de preços de compra e venda, a recusa de venda, a concessão de abatimento ou descontos, a venda abaixo do preço normal, a divisão de mercados entre concorrentes, a limitação de vendas a um certo território e a obrigação de adquirir matérias-primas de determinado fabricante, enfim, uma série de atos que visam à eliminação da concorrência.

Para concluir, desejamos expressar nossa esperança de que haja, no futuro, maior entrosamento entre os autores das leis penais e os das leis sobre a propriedade industrial para evitar que dois decretos-leis, sancionados no mesmo dia, como é o caso dos Decretos-leis nºs 1.004 e 1.005, de 21 de outubro de 1969, apresentem tanta desarmonia.

A CIVILIZAÇÃO OCIDENTAL E O NÓVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

ALCINO PINTO FALCÃO

1. É ponto sabido e bem acentuado por MOMMSEN, em seu exaustivo "Römisches Strafrecht" (5º capítulo, pág. 56), que os conceitos de culpa e de pena são tão velhos quanto a humanidade e nasceram antes da lei penal ("Die Begriffe von Schuld und Strafe sind so alt wie die Menschheit und nicht erst mit dem Strafgesetz geboren"). E, acrescentava o mestre: o direito penal começa quando, pela lei do Estado, o arbítrio do titular da função de punir fica limitado. Em Roma, o direito penal público iniciou-se com a Lei Valéria, que passou a condicionar a pena capital imposta pelo magistrado à aprovação do colégio dos cidadãos. É o que se lê em MOMMSEN.

A primeira observação — a de que os conceitos de culpa e pena são tão vetustos quanto o gênero humano — poderá fazer-nos pôr em dúvida a razão do tema da nossa palestra, isto é, se não seria mais adequado fazer um confronto entre a nossa lei penal e a *Civilização* e não apenas a *Civilização Ocidental*.

Realmente, o direito penal apresenta a constante de cópia de tipos de crimes, encontradiços em povos geograficamente distantes, de equivalente grau de civilização, sem terem, através da história, qualquer contato entre si.

Nós, na América, temos a comprovação disso. O reputado LÚCIO MENDIETA NÚÑEZ, em seu interessantíssimo livro "El derecho precolonial" (págs. 26/30), com fulcro em KOHLER, ZURITA e MOTOLÍNIA — nos informa que, justamente por terem atingido um estágio de civilização em que já havia direito

penal pròpriamente dito (e não apenas vingança privada) e tribunais para aplicá-lo, os reinos asteca e maia puniam crimes e contravenções, como o fizeram povos ocidentais, com os quais jamais tinham tido qualquer ligação, por mais remota que fôsse.

Apenas as sanções eram, talvez, mais graves; em geral a pena de morte, como para o caso de abôrto (pena igual para a mulher e para quem lhe houvesse proporcionado o abortivo), o assalto ou pirataria de estrada, o estupro, a receptação, o homicídio, o peculato, a sedição, a traição e a alteração de medidas. Outros, com a pena de Talião, como na hipótese de calúnia judicial (denunciação caluniosa) e outros com particularismos, como na espécie de furto, que podia levar à condenação capital, mas, também, se a *res furtiva* fôsse de pequeno valor – à simples coima ou multa ou, ainda, à condenação a devolver ou pagar o preço.

Em alguns casos, êsse direito penal indígena reconhecia agravantes, isto é, se o delinqüente era homem válido, nobre ou militar. Seriam atenuantes, em algumas espécies, a embriaguez e o perdão do ofendido. Também a idade se considerava como atenuante e mesmo como excludente, pois o menor de dez anos se reputava sem discernimento. *Sem discernimento*, note-se bem!

Por essa descritiva, bem poderia fazer-se uma comparação do nosso direito penal a entrar em vigor com aquêlo ou com outro, de outra parte do Mundo, se o objetivo da nossa palestra fôsse analisar a coincidência histórica dos crimes e das penas. Mas não é êsse o nosso propósito, mas sim o de encarar um aspecto diferente, qual o da adequação do nosso nôvo Código aos princípios recebidos pela Civilização Ocidental e isso partindo da premissa de que a Civilização Ocidental, não obstante aquela parecença de tipos de crimes e penas deparada em povos e civilizações distantes, tem em seu patrimônio princípios por ela criados, dando-lhe posição de vanguarda no terreno do direito penal. Nosso objetivo, pois, é bem delimitado: ver se o nosso nôvo Código Penal desmerece aquêles princípios ou se com êles se afina.

Aquela segunda observação de MOMMSEN – isto é, de que o direito penal começa quando, pela lei do Estado, o arbitrio do titular da função de punir fica limitado pela lei – pode suscitar uma dúvida, face à larga dose de discricção que o nosso nôvo Código defere ao juiz na aplicação da pena, o que, neste Simpósio, já foi pôsto em pequeninos, na magnífica exposição do professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. Não deve, pois, êsse pormenor merecer muita atenção, para não repisarmos caminho já percorrido pelo nosso eminente conferencista.

E não deve, também, porque essa liberdade do juiz não contrasta, em verdade, com aquela afirmativa do Mestre tudesco, uma vez que não concede o nosso nôvo diploma penal poder ao juiz para inovar ou fugir da tipicidade legal, mas só para mover-se, com maior liberdade, na escolha da pena entre as

já previstas na lei e quanto à sua duração ou graduação, mas dentro dos extremos já consignados no texto positivo. Como diz GÜNTER WARDA, o autor moderno de citação obrigatória no tema (“Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht”, 1962, pág. 110): É afinal certo que discricção não significa nenhum livre arbítrio (“Sicher ist zunächst, dass Ermessen kein freies Belieben bedeutet”). Não é um direito do juiz, mas sim um poder-dever, para dar uma decisão justa à espécie e isso no interesse da boa política criminal e não no do próprio aplicador da lei penal, que continua adstrito aos limites da lei penal. O juiz que ultrapassar os limites da lei penal ou que, por não simpatizar com seu preceito, deixar de aplicá-la ou de cumprir o que ela comanda, será um prevaricador. O crime de prevaricação continua previsto no art. 358 do novo Código! Não há, assim, qualquer oposição ao princípio a que se referia MOMMSEN, que continua válido e acatado!

* * *

Já é tempo, portanto, de enfrentar a questão: porque confrontar o novo Código Penal com a Civilização Ocidental e não com a própria Civilização?

A nosso ver, merece essa homenagem a Civilização Ocidental, pois que nela — apesar de uma evolução lenta, com retrocessos por vezes chocantes e páginas negras — é que se depara o que há de mais digno de veneração no direito penal contemporâneo. O direito penal moderno — exportado para outros continentes inclusive — é um fruto da cultura e do pensamento dos juristas ocidentais.

Com absoluta exatidão, FILIPPO CRISPIGNI (“Diritto penale”, ed. de 1950, vol. I, nº 17) esclarece: “Le condizioni in cui si trovava il diritto penale, non solo dell’Italia, ma di tutti gli Stati europei, verso la meta del secolo XVIII, erano veramente tristissime. La legislazione antiquata non corrispondeva più alle mutate condizioni della società: derivata da fonti diverse, conteneva spesso norme contraddittorie. Nessuna proporzione tra pene e gravità del reato; abuso della pena di morte, poteri sconfinati dei giudici, privilegi per talune classi di persone, arbitrio assoluto dei Principi. E, come conseguenza di tutto ciò, un aumento impressionante della criminalità”.

Mas foi então, sabemos todos, que no campo especulativo acabou por afirmar-se aquêles movimento filosófico chamado de *Iluminismo*, derivado do confluír do racionalismo cartesiano e do empirismo inglês, e que, através do talento de um Montesquieu, da irreverência genial de um Voltaire, da talvez esquizofrenia de um Rousseau, da erudição de um D’Alembert ou de um Diderot, muito impulsionou o fermento social, acabando com o antigo regime e abrindo, com a Revolução Francesa, as portas para a reforma, que os tempos estavam a exigir.

O direito penal não podia ficar naquela situação descrita por FILIPPO CRISPIGNI. Sofreu profundas alterações, de Cesare Beccaria em diante e surgiram

as várias escolas, cada qual trazendo novas contribuições, para o aperfeiçoamento do nosso ramo do direito. Não haveria como demorarmo-nos no estudo particular de cada uma dessas escolas, o que não é objeto da nossa palestra. Apenas, copiando a feliz observação de FERRI, desejo lembrar que do eclodir das novas idéias e escolas, surgiu algo para o direito penal que... "non poteva essere nè più glorioso di potenza intellettuale, nè più generoso di intendimenti politico-sociali, nè più benemerito di irrevocabili conquiste civili nella legislazione e nella giustizia penale pratica". E isso é apanágio da Civilização Ocidental; faz parte do seu patrimônio inalienável.

Tenho, pois, como — senão justificado — pelo menos explicado o motivo do título escolhido para a palestra de encerramento do nosso Simpósio. Cabe-me passar a fazer alguns confrontos, que sirvam para mostrar se o novo Código guardou conformidade com aquelas *conquistas irrevocáveis*...

* * *

O grande mestre helvético que foi o professor FRANÇOIS CLERC, numa contribuição que escreveu, sob o título "Le Code pénal suisse et le Droit pénal international", para enriquecer o volume comemorativo do centenário da Faculdade de Direito da Universidade de Neuchatel ("Mémoires de l'Université de Neuchatel", tomo dozeno, págs. 207 e segs.) agradecia a homenagem que os autores estrangeiros prestavam ao novo diploma penal suíço, acentuando suas tendências internacionalistas, isto é, ter procurado consagrar as melhores soluções em matéria de direito penal internacional: — "science qui détermine — pour reprendre la définition classique de M. Donnedieu de Vabres — la compétence des juridictions pénales de l'État vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles — lois de fond et lois de forme — par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers."

Quanto a êsse aspecto — a atenção dada aos problemas de direito internacional penal, isto é, ao "companheiro de infortúnio do direito privado internacional", como já foi apelidado — não resta dúvida que o nosso novo Código também revela interesse especial no ponto. Certo ficou aferrado ao princípio da territorialidade, clássico, mas que em nada tem contribuído para a repressão penal, em termos de direito internacional penal; mas, por outro lado, lançou princípio novo — quiçá a única contribuição brasileira no tema — qual o da *representação*, ut artigo 8º, nº II, letra c. A propósito, convém repetir o que diz a parte final do nº 7 da exposição de motivos: "Cria-se, assim, um novo princípio de aplicação da lei penal no espaço, que será 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."

Mas o nosso FRANÇOIS CLERC não se satisfazia com o elogio da doutrina estrangeira, que se limitava a realçar o cuidado do legislador penal suíço, no que tangia às regras de conflito. Acentuava êle, no trabalho citado, que o respectivo Código merecia maior encômio por haver dado atenção a duas idéias modernas: “Il n’a pas voulu s’en tenir à ce cadre étroit et il s’est inspiré de deux idées, très en vogue de nos jours: l’internationalisation du droit criminel et la répression des crimes contre le droit des gens.”

Sob êsses dois ângulos, também não parece que o nosso Código possa ser criticado. Cópia de preceitos nêle se deparam, com o fim de honrar convenções por nós referendadas, contendo material de direito penal.

Em primeiro lugar, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Como se sabe, esta contém normas processuais de proteção aos acusados, que, evidentemente, não teriam espaço no nosso Código Penal, mas sim devem figurar no Processual Penal. Mas a Declaração — artigos 5º, 9º, onzeno, segunda alínea — diz respeito ao direito penal substantivo, proibindo a tortura, castigo cruel, desumano ou degradante, bem como a pena de exílio e proscurendo a retroatividade da lei penal, desfavorável ao acusado. Uma leitura, pôsto que de relance, do nôvo Código Penal, mostra que êle se manteve fiel aos princípios materiais enunciados na Declaração, proscurendo não só aquelas sanções proibidas, como punindo a violência arbitrária no seu artigo 363, combinado com o artigo 394 e seu parágrafo único, nº III. Unicamente, quanto ao exílio, é que parece ter havido um cochilo da douta Comissão, que elaborou o nôvo Código; êste, pôsto que como medida de segurança, continua previsto no artigo 92 e 98. Não colherá a justificativa de tratar-se de medida de segurança e não de pena, uma vez que o Código, segundo a exposição de motivos, desacolheu o sistema do duplo binário, criticando o Código Rocco, não considerando substancial a diferença entre pena e medida de segurança. Partindo do princípio de que os Tratados e Convenções livremente subscritos e ratificados vinculam o legislador interno, ousou fazer um respeitoso reparo a êsse texto do nôvo Código Penal; penso mesmo que a aplicação eventual de tal medida de segurança poderá legitimar a impetração de *habeas corpus*.

No que toca ao tráfico de tóxicos, o Brasil é signatário da Convenção de Genebra, de 1936, ratificada por nós aos 10 de maio de 1938 e promulgada pelo Decreto nº 2.994, publicado no *Diário Oficial* de 2 de setembro de 1938. O artigo II dessa Convenção mandou cada uma das Altas Partes Contratantes baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos: a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrários às estipulações das referidas Convenções; b) partici-

pação intencional nos atos mencionados neste artigo; c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados; d) tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.

O novo Código, em seu artigo 314 e incisos dos respectivos parágrafos, honra o compromisso assumido na Convenção, mas com evidente exageração, eis que pune o uso próprio (nº III do § 1º), isto é, quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Esse dispositivo, que virá convelir jurisprudência assente do Colendo Supremo Tribunal Federal, implica em considerar que a prisão é a mesma coisa que estabelecimento para tratamento e recuperação de viciados. Sofre o preceito esdrúxulo críticas e há de padecer, enquanto não modificado pelo legislador, mas, de uma forma ou outra, é de convir-se em que o legislador penal brasileiro, pôsto que indo além do previsto, respeitou a obrigação assumida no âmbito internacional, isto é, prestando, mais uma vez, homenagem à tendência à internacionalização do direito criminal, no sentido marcado por FRANÇOIS CLERC.

No que toca à propriedade imaterial, também, mas isso foi objeto da conferência passada e o que se disse ainda está nos ouvidos de todos. Fique, pois, apenas o registro.

Por igual, a proteção do cheque — que, outrossim, é preconizada por obrigação sugerida (1) internacionalmente — encontra-se no novo Código, mas com afastamento da técnica seguida no atual. Segundo a exposição de motivos, passou (artigo 335) a ser modalidade de falsidade documental, o que, afirma-se, corresponde à melhor doutrina, assunto éste por demais polêmico e que não caberia discutir no âmbito da nossa palestra. Mas, nem sempre a proteção penal será dada através da tipicidade da falsidade documental, a bem mostrar que essa “melhor doutrina” tem que sofrer desvio... Assim é que a figura do estelionato continua apenada, pelo artigo 184, § 1º, nº VI, para quem: “frustra, sem justa causa, o pagamento de cheque que emitiu em favor de alguém”. Essa dualidade de critérios poderá na prática trazer perplexidades, como, exemplificando, quando o emitente, no momento do saque, estaria sabidamente a descoberto, mas logo a seguir sua conta é alimentada, mas através de um saque sucessivo, antes de o primeiro favorecido ter ido receber o cheque, torna a ficar sem fundos. Qual o artigo a aplicar? Um ou dois crimes? Isso será problema que terá que surgir, e sobre êle a doutrina haverá que deter-se. Por outro lado, a referência a *alguém* não parece ter sido muito feliz; em direito penal, de logo se

(1) Em certo sentido, o legislador penal brasileiro vem tendo posição de vanguarda, dando proteção penal ao cheque. Como nota CUELLO CALÓN, em sua conhecida monografia “La Protección Penal del Cheque” (págs. 11/12), têm surgido dificuldades para vingar propostas no sentido de uma proteção penal uniforme do cheque. Esclarece que a maioria dos países (págs. 24/25) se inclina pela figura do estelionato e critica JACOBI, que propugna pela figura da falsidade.

pensa em pessoa física determinada e o cheque, freqüentemente, é ao portador ou a favor de entidades, inclusive de direito público, que ninguém ousa dizer serem *alguém*. O termo apropriado deverá ser *favorecido*, da técnica do direito cambial, em que, parece, o legislador penal não quis informar-se. Mas nosso propósito não é fazer crítica de artigos do novo Código, mas sim acen-tuar que, *bem ou mal*, se honrou aquela *tendência realçada por CLERC*.

Onde, porém, o novo Código se mostra imponente, em prestar a devida atenção àquela *tendência* já acima invocada, foi ao apenar, no artigo 131 e seus incisos, o nefando crime de *genocídio*, em suas variadas facetas. Certo a Lei Federal nº 2.889, de 1/X/1956, já punia o crime de *genocídio*, mas em doutrina havia dúvida sobre se se trataria de crime político ou comum. Daí, o eminente Desembargador OSCAR TENÓRIO, no Relatório enviado ao Congresso de Direito Penal, que se reuniu em Paris em 1967, publicado na *Revista de Jurisprudência* do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 21, págs. 1/6, realçar a dificuldade da qualificação e sustentar que, face à citada lei, "há a possibilidade de *genocídio* praticado no exterior ser julgado e punido no Brasil".

Ora, com a inclusão do *genocídio* no novo Código Penal, não há mais dúvida de que, para nós, se trata de crime comum, não havendo empacho constitucional para a extradição de estrangeiro, apenas o brasileiro sendo julgado no País, se participou de tal crime no estrangeiro. Ficou trancada a questão da qualificação.

Eis, de logo, uma vantagem, com a inclusão do *genocídio* nos crimes do Código Penal. Este novo capítulo do novo Código Penal, sem dúvida, será o que maiores louvores merecerá da crítica internacional e aquela que, entre nós, parece, não poderá sofrer qualquer reserva ou censura. Essa enumeração do nosso novo Código corresponde à previsão da Convenção sobre *Genocídio*, que, obtendo o número de adesões, entrou em vigor aos 21 de janeiro de 1951. Pelo artigo II da Convenção, *genocídio* significa a ação praticada com a intenção de aniquilar, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso e isso através de: 1º) morte de integrantes do grupo; 2º) danos graves à integridade corporal ou espiritual de integrantes do grupo; 3º) criação intencional de condições de vida para o grupo, que possam levar à aniquilação física, total ou parcial; 4º) imposição de medidas com o escopo de impedir os nascimentos no seio do grupo; 5º) transferência coativa de crianças de um grupo para outro. Se se comparar esse elenco do artigo II da Convenção com o que prevê o novo Código, de logo se verifica a sua conformidade com aquela, trazendo até o acréscimo de forçar o grupo à dispersão.

Compreende-se que o nosso legislador haja relegado para o Código Penal Militar, como o fazem outros países (não havendo unidade de critério a respeito), a punição dos crimes de guerra e contra a paz. Mas a *sede materiae*

do crime de genocídio haveria de caber, como ocorreu, ao Código Penal Comum.

A nova preceituação veio suprir uma evidente lacuna e ser elevado o genocídio a tipo penal autônomo parece não permitir departição de opiniões. O Professor HANS-HEINRICH JESCHECK, catedrático da Universidade de Freiburg (Bremen) e Diretor do Instituto de Direito Penal Internacional — na sua contribuição “*Verbrechen Gegen das Volkerrecht*”, vinda a lume no volume alemão dedicado ao “4º Congresso Internacional de Direito Comparado”, realizado em Paris (1954), em palavras de síntese acentuava o ponto: “Compreende-se por si mesmo que são puníveis em todos os países civilizados ataques ao corpo, vida e honra. Mas o específico conteúdo injusto dos crimes contra a Humanidade não reside na violação do bem jurídico do singelo indivíduo, mas, ao contrário, na perseguição de inteiros grupos humanos, por fundamentos políticos, raciais, religiosos ou outros de motivação coletiva (*sonstigen kollektiven Beweggründen*), pôsto que a ação, de todo, possa esgotar-se na violência contra um indivíduo que possua a marca do grupo e isso seja a mais das vèzes a maneira de manifestar-se a ação delituosa dos crimes contra a Humanidade.”

Este mestre tudesco nos informa que poucos países até agora seguiram o exemplo da Iugoslávia, a qual, no artigo 124 do seu Código Penal, expressamente recebeu o disposto no já mencionado art. II da Convenção sôbre Genocídio. Alguns, como a Suécia, defendem a tese de que as figuras do artigo II referido já constam do catálogo de crimes comuns, sendo caso, apenas, de agravamento de pena, havendo proposta nesse sentido. Mas, a nosso ver, o caminho correto foi o trilhado pelo nosso legislador, isto é, erigir o genocídio a crime autônomo, mas comum. E com isso, sem dúvida, trazendo uma importante contribuição para a repressão dos crimes contra a Humanidade, qualificando-o como crime comum.

• • •

Ainda caberia invocar outros casos em que, havendo Convenções, o novo legislador penal a elas dedicou a devida atenção (tráfico de mulheres, *v.g.*) (2). Mas o tempo urge e não quero deixar de dizer algumas palavras sôbre o artigo 1º do Código, que corresponde a um princípio que, a meu ver, é a maior contribuição da Civilização Ocidental trazida ao direito penal.

O artigo, como se sabe, recita: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

(2) A Convenção celebrada em Lake Success, aos 21/V/1950, foi promulgada pelo nosso Decreto Legislativo n.º 6, de 1958, e seu artigo 2.º estabelece: “As partes na presente Convenção declaram-se de acôrdo em punir toda pessoa que: 1) mantiver, dirigir ou, conscientemente, financiar uma casa de prostituição ou contribuir para esse financiamento; 2º) conscientemente, dar ou tomar de aluguel, total ou parcialmente, um imóvel, ou outro local, para fins de prostituição de outrem.”

A marginal diz tratar-se do “princípio da legalidade”.

O preceito já consta do artigo primeiro do código atual, e, assim, parecerá ocioso perder tempo com o mesmo. *Data venia*, não é assim; apesar da clareza do texto, há uma problemática a enfrentar, sempre atual, porque, a vingar a orientação seguida por certos doutores, o alcance do artigo ficará em muito reduzido.

A exposição de motivos do novo Código Penal não teve que esclarecer por que ficou mantido o preceito do artigo; é que já a exposição de motivos do Código de 1940, em plena Ditadura, numas páginas fulgurantes (nº 6 da citada exposição de motivos), bem mostrara a boa razão de ser do artigo, e o que então se disse vale para os dias de hoje. Chegou mesmo a citada exposição de motivos a afirmar que o princípio já era firmado no direito romano. Mas, convém retificar: nele não era constante a observância da regra, bastando lembrar os casos de poder de coerção do magistrado e o dos *crimina extraordinaria* (MOMMSMEN, *op. cit.*, págs. 57 e 193). A rigor, o princípio é moderno e constitui uma contribuição da Civilização Ocidental para a mais justa aplicação da lei penal e, por isso, é adotado pela maioria maciça dos países civilizados. Tem raízes na Magna Carta inglesa, de 1215, e viçoso reapareceu nas constituições norte-americanas e na Declaração da Revolução Francesa (art. 8º), para obter solene consagração na já aludida Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11, nº 2).

O princípio, porém, é de direito material e não uma regra de hermenêutica. Daí, através de uma sutileza de raciocínio, de agrado de certa corrente de pensadores helvéticos, com adeptos entre nós, poder vir o alcance do artigo primeiro ficar restringido, por via oblíqua, isto é, através do método de interpretação chamado de *freie Rechtsfindung* “*intra legem*” —, elaborado pela ciência penal suíça.

No regime do ainda vigente Código Penal, esse *pathos* por vezes obteve espaço em nossa jurisprudência criminal. Famoso o caso do tabelamento de tinturarias; a lei referia-se, na época, a mercadorias essenciais e não a serviços, mas, tratando-se de norma penal em branco, a autoridade administrativa resolvera tabelar os serviços prestados por aquelas. Daí, por infração da portaria administrativa, processos criminais, que a maioria dos Juizes cariocas e as três egrégias Câmaras Criminais do nosso Tribunal — com o aplauso entusiasmado do então Des. NELSON HUNGRIA, que nelas pontificava — desacolheram qualquer possibilidade de interpretação extensiva: veniagens não seriam serviços, e só aquelas, quando essenciais, estariam previstas na norma penal em branco a aplicar.

O colendo Supremo Tribunal Federal, porém, inclinou-se para a interpretação extensiva, sustentando que, pelo sistema da lei, o termo mercadorias

compreenderia, outrossim, os serviços... O legislador, porém, parece não ter acreditado muito na afirmativa dessa jurisprudência, tanto assim que a lei foi modificada, passando a explicitar as duas hipóteses, o que não faria se fôsse verdadeira aquela inteligência ampliativa do texto legal. Não se presume que o legislador penal, desnecessariamente, queira praticar uma redundância...

Alguns lustros depois, num ocasional encontro com o meu saudoso compadre NELSON HUNGRIA, sendo êle então já Ministro do Supremo Tribunal Federal e eu titular da 24ª Vara Criminal carioca, tocamos no assunto da interpretação da lei penal, e, com surpresa minha, verifiquei que êle, então, tecia encômios à *freie Rechtsfindung*, que dizia ser adotada, pacificamente, entre os mestres de língua alemã. Como Juiz criminal, manifestei minhas reservas quanto à bondade dêsse método de interpretação. Houve, após êsse encontro, uma provocação epistolar da minha parte, o que ensejou ter eu hoje em meu poder um cimélio, isto é, a carta de 12/VII/1955, que ora me permito exhibir e ler e que é do teor seguinte:

"Rio, 12-7-55.

Prezado Alcino Falcão:

Refere-se GERMANN à analogia *intra legem* ou interpretação *analógica*, que não se confunde com analogia (pois esta não é forma ou método de interpretação, mas processo de formação de direito *extra legem*). Mesmo em direito penal, é admissível que se busque o sentido de um preceito legal, ainda que para ampliá-lo além de suas letras, dentro do sistema orgânico da lei. É a *freie Rechtsfindung* "intra legem". Tome-se, por exemplo, o caso que está na "barra": o da *Fiban*. Comete "peculato" o empregado do Banco do Brasil (entidade de direito privado) que desvia valores atinentes ao setor de *serviços delegados* pela União? A resposta afirmativa é inquestionável, embora não se ache *liquida* no teor dos arts. 312 e 327 do Código Penal, parecendo mesmo, *prima facie*, excluída por êstes. Deixo o raciocínio lógico ao seu poder de interpretação...

Afetuosamente abraço do

NELSON HUNGRIA."

Não era fácil manter uma divergência com aquêle insigne professor, tanto mais que em direito penal, matéria em que, na época, jamais se mostrara tolerante. Mas, apesar de aquêle meu pranteado compadre achar que eu é que era polemista — e disse-o, certa feita, de público —, resolvi não continuar a correspondência.

Todavia, nunca aceitei como definitiva a lição da carta; continuei sendo latino, pensando que a garantia-função da tipicidade exige que o Juiz fique com a letra da lei penal, como queriam os homens da Revolução Francesa. Passando grande parte da minha vida como juiz criminal, nunca me entusiasmei com a figura do *Juiz legislador criminal*...

E, repensando hoje o mesmo tema, ousou afirmar que não me parece que GERMANN, o egrégio professor de Basileia, fôsse muito firme na sustentação da *freie Rechtsfindung* "intra legem". Ele, de fato, desenvolveu essa sutil teoria em seu famoso livro "Problemas de Método" ("Methodische Grundfragen",

1946). Mas em trabalho posterior, que tenho aqui em mãos, sob o título "Proteção da Liberdade Pessoal em Direito Penal" ("*Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht*"), faz uma pergunta — deixando o resto para o raciocínio lógico do leitor —: "... mas a garantia contra o arbítrio do Juiz não se torna ilusória?" ("*... die Garantie gegen die Willkür des Richters nicht illusorisch werden?*").

E autores de língua alemã mais recentes, embora não repudiando a tal teoria, são obrigados a reconhecer que pode ela descambar para a própria analogia. É o caso de FOREGGER-SERINI ("*Das Strafgesetz*", edição de 1966, pág. 10), que dizem que os limites com analogia vedada são, sem dúvida, frequentemente, difíceis de extrair ("*die Grenzen zur Analogie sind allerdings oft schwer zu ziehen*").

E há, ainda, além do perigo de praticar o Juiz uma injustiça, o outro não menor de vir a desmoralizar a própria decisão, com reflexos negativos no público e desprestígio para a própria repressão penal. Isso, principalmente, poderá ocorrer nos casos de norma penal em branco, como veio a suceder, numa interessante hipótese, anos atrás na Suíça.

A singular espécie foi objeto de crítica pelo Professor PIERRE RENOLZ, de St. Gallen, no artigo "Zur Frage der Analogie im Strafrecht" (no Volume III de "St. Gallen Wirtschaftswissenschaftliche Forschungen"). Certa resolução administrativa de racionamento previra a proibição de venderem os padeiros pão fresco, isto é, fabricado a menos de 48 horas. Mas não falava no consumo próprio, pelo padeiro e sua família, e um desses padeiros foi autuado e processado por estar consumindo pão fresco. A sentença, baseando-se na *freie Rechtsfindung* referida, condenou o padeiro.

Mas sucedeu que a Comissão de Racionamento, após o julgamento, foi provocada para dar nova redação à sua resolução, no sentido de ficar claro que a proibição abrangia o consumo próprio pelo padeiro e sua família. A proposta não vingou, pois o órgão administrativo competente foi de parecer que não havia motivo para proibir o consumo próprio dos padeiros, que constituíam uma minoria insignificante, irrelevante para os fins do racionamento...

Com isso, deu-se realce à ilegalidade da condenação do padeiro, mas, outrossim, se desmoralizou a fundamentação da sentença, que presumiu o alcance da norma, sem atender à sua letra!

Por isso, eminentes ouvintes, continuo fiel ao princípio clássico da interpretação estrita da norma penal e, reconhecendo que perdura o problema — tanto mais que ao novo princípio suíço aderiu o nosso grande criminalista —, lamento que a atual exposição de motivos não haja tomado posição a respeito. Em 1940 êsse problema era desconhecido entre nós: o artigo 1º significava interpretação restritiva. Era desconhecido, pois que, segundo informa o Dr. SALIH MAHSOUB, magistrado iraquiano de cultura suíça, em seu livro "La force obligatoire de la loi pénale pour le juge" (1952, pág. 68), a Côte federal suíça até 1943 se mostrou fiel aos princípios clássicos e só desse ano em diante é que passou a adotar a lição de GERMANN, mas, para fazê-lo, teve que declarar que o Juiz criminal era um colaborador do legislador e que no direito suíço não havia espaço para o adágio *in dubio pro reo* (*op. cit.*, pág. 73).

Não penso que isso se possa sustentar entre nós. Parece-me até uma contradição com o propósito do código de humanizar o direito penal, inclusive com a instituição de prisões abertas, como que se tivesse o legislador penal brasileiro sido impressionado por aquele famoso diálogo do *Hamlet* de Shakespeare (Segundo Ato, Segunda Cena), quando o Príncipe de Dinamarca dizia que esta era uma prisão e Rosenkranz ponderava-lhe que o Mundo também o era! Para o novo legislador penal brasileiro não há de ser assim entre nós e, por isso, creio que acertado será aplicar a nova lei penal segundo os princípios clássicos, os únicos capazes de tutelar o cidadão e impedir o arbítrio judicial. Ficar fiel a princípios nobres, que a Civilização Ocidental difundiu através da Revolução Francesa. (2)

- (3) Como acima disse, a exposição de motivos do novo Código não tomou posição expressa a respeito. Mas, ao que parece, por uma *bévue* devida à trigança com que foi elaborada, insinua uma aplicação extensiva, ao justificar não ter o novo diploma mantido a figura do crime do artigo 130 atual, isto é, contágio venéreo. Segundo a nova exposição de motivos (n.º 45), isso foi feito por motivo de ausência de repercussão forense dos fatos porventura havidos, o que é de estranhar, pois no caso de adultério, para manter-se o anacronismo, bastou ter a douta Comissão deparado uma sentença, como já foi dito neste Simpósio. Ora, ao menos um caso de contágio venéreo chegou à segunda instância, como se tivesse tido tempo, teria verificado, numa melhor pesquisa, a douta Comissão Revisora; refiro-me à Apelação Criminal n.º 6.996, de que foi Relator o pranteado Desembargador Toscano Espinola, como qualquer verificará lendo o *Diário da Justiça* de 11/IX/1946, apenso, pág. 1.623, em que a condenação não prosperou por motivo técnico, sendo a mãe da vítima menor uma miserável ignara. E de estranhar essa supressão, quando país mais adiantado, como a Alemanha, na lei sobre o combate às doenças venéreas, de 23 de julho de 1953, em seu parágrafo sexto, passou a prever, como crime autônomo, a mesma figura criminosa, punida a título de dolo direto ou eventual, com pena de prisão até três anos, sendo a ação penal iniciada mediante representação, como entre nós, com o particularismo de, no caso de vítima ser o cônjuge, poder retratá-la. E o experiente e prudente legislador tedesco assim procedeu, não só mantendo, como agravando o que já previa a lei anterior, de 1927!

Se não parece ser de aplaudir a supressão praticada pelo legislador brasileiro, muito menos o será a solução preconizada na exposição de motivos do novo Código, que diz: "Não se deixa, todavia, sem proteção penal a saúde humana, em tais hipóteses, pois, quando ocorrer o *dolus periculi*, poderá enquadrar-se o fato na regra geral do artigo 135, que prevê o delito da exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente."

Ora, como será fácil de verificar, o novo artigo 135 não é novo: é cópia fiel da art. 132 do Código ainda em vigor! E, quanto a este, a exposição de motivos do Código de 1940 (n.º 46), com ênfase, esclarece ser crime de caráter subsidiário, não o informando *animus necandi* ou *animus laedendi*, mas apenas a consciência e vontade de expor a vítima a grave perigo. E diz mais que o perigo concreto, que constitui o seu elemento objetivo, é limitado a determinada pessoa, não se confundindo, portanto, o crime em questão com os de "perigo comum" ou "contra a incolumidade pública". E, como exemplos típicos, aquela famosa exposição de motivos lembra o caso do empreiteiro que, para poupar-se ao dispêndio com medidas técnicas de prudência na execução da obra, expõe o operário ao risco de grave acidente ou de quem dispara uma arma de fogo "contra alguém, não sendo atingido o alvo, nem constituindo o fato tentativa de homicídio".

Ora, por aquela magnífica exposição de motivos de 1940, o crime ora abolido tem outra conceituação e outros pressupostos — lê-se nos números 44 e 45 —, devendo ser punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa e não se tivesse admitido com autonomia no elenco dos crimes, deveria ser incluído no capítulo das lesões corporais, desde que seu elemento subjetivo é o dolo de dano. Nunca, segundo aquela douta exposição, na figura do artigo 132, copiado pelo "novo" artigo 135!

Obras publicadas pela Diretoria de Informação Legislativa

JORNALISMO – LEGISLAÇÃO (1963)	esgotada
DIREITO ELEITORAL	
– Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963)	”
REFORMA AGRÁRIA	
– Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de Emenda à Constituição, Mensagens Presidenciais, legislação (1963)	”
– Projetos em tramitação na Câmara dos Dep. (1963)	”
– Debates parlamentares – Senado Federal (1963)	7,00
REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA	
– março nº 1 (1964)	5,00
– junho nº 2 (1964)	5,00
– setembro nº 3 (1964)	esgotada
– dezembro nº 4 (1964)	5,00
– março nº 5 (1965)	5,00
– junho nº 6 (1965)	5,00
– setembro nº 7 (1965)	5,00
– dezembro nº 8 (1965)	esgotada
– março nº 9 (1966)	”
– junho nº 10 (1966)	”
– setembro nº 11 (1966)	”
– outubro/novembro/dezembro nº 12 (1966)	”
– janeiro a junho nºs 13 e 14 (1967)	”

— junho a dezembro nº 15 e 16 (1967)	5,00
— janeiro a março nº 17 (1968)	5,00
— abril a junho nº 18 (1968)	5,00
— julho a setembro nº 19 (1968)	5,00
— outubro a dezembro nº 20 (1968)	5,00
— janeiro a março nº 21 (1969)	5,00
— abril a junho nº 22 (1969)	5,00
— julho a setembro nº 23 (1969)	5,00
— outubro a dezembro nº 24 (1969) (Especial)	10,00
— janeiro a março nº 25 (1970)	5,00
— abril a junho nº 26 (1970)	5,00

INDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

— do 1º ao 10º número	1,00
— do 1º ao 20º número	2,00

DIREITO DE GREVE

— Edição de 1964	5,00
— Histórico do direito de greve no Brasil	
— Constituinte de 1946	
— Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional	
— Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64 (*)	
— Jurisprudência dos Tribunais	
— Pareceres da Consultoria-Geral da República	

VENDAS E CONSIGNAÇÕES

— Edição de 1965	esgotada
— Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigo publicado na <i>Revista de Informação Legislativa</i> nº 15/16, pág. 217)	

DECRETOS-LEIS (Governo Castello Branco) — legislação correlata

— Vol. I (1 a 64)	8,00
— Vol. II (65 a 164)	8,00
— Vol. III (165 a 243)	12,00
— Vol. IV (244 a 318)	12,00

(*) A obra é anterior à publicação da lei, cujo texto é divulgado na *Revista de Informação Legislativa* n.º 2 (junho/64), pág. 221. Vide, também, neste número da revista o Parecer do Deputado Ulysses Guimarães proferido na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (pág. 98).

ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967 (Projeto) — Edição de 1966

— *Quadro Comparativo*: Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constituição de 1946, e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais) comparados em todos os artigos e itens.

ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967

Os *Anais da Constituição de 1967*, obra elaborada pela Diretoria de Informação Legislativa e impressa pelo Serviço Gráfico, compreendem sete volumes em feição inteiramente nova, diversa do estilo tradicional de *Anais*.

Ao *Quadro Comparativo* (Projeto de Constituição de 1967, Constituição de 1946, Emendas Constitucionais e Atos), distribuídos aos Senhores Congressistas no início da discussão e votação da nova Constituição, seguem-se os volumes dos *Anais*.

1º Volume — Antecedentes da Constituição através do noticiário da Imprensa 6,00

Neste volume são divulgadas as principais manifestações da Imprensa brasileira, no decorrer do ano de 1966, em editoriais, crônicas, entrevistas e reportagens, abordando a reforma constitucional desde a indicação da Comissão de Juristas; o texto do Anteprojeto da Comissão de Juristas; as divergências ocorridas entre os membros daquela Comissão; as manifestações de congressistas e constitucionalistas face ao problema da outorga, eleição de uma Assembléia Constituinte ou ato convocatório do atual Congresso; o papel desempenhado pelos Presidente do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Senador Auro Moura Andrade e Deputado Adauto Lúcio Cardoso, em defesa da independência e soberania do Poder Legislativo; críticas e sugestões ao Projeto de Constituição e análise dos Capítulos do Projeto originário do Executivo e remetido ao Congresso em 12 de dezembro de 1966.

2º Volume — Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional — Discussão e votação do Projeto 5,00

Este volume contém os pronunciamentos dos parlamentares nas 18 sessões conjuntas realizadas de 12 a 21 de dezembro de 1966 para discussão e votação do projeto de Constituição.

Focaliza as manifestações referentes à matéria constitucional, fornecendo, para facilitar as pesquisas, índices de sessões, autores (de discursos, apartes, declarações de voto e questões de ordem) — com pequeno resumo dos temas abordados — e ainda um índice de assuntos.

3º Volume — Discursos pronunciados em sessões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados 5,00

Discursos pronunciados antes do envio do Projeto da nova Constituição ao Congresso Nacional, assim como aqueles referentes ao período da convocação extraordinária do Congresso, com uma cobertura completa dos trabalhos constitucionais, a partir de 29-11-66 até 11-1-67.

4º Volume (2 Tomos) — Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional 20,00

Discussão e votação das emendas. Contém os pronunciamentos ocorridos nas sessões conjuntas realizadas de 5 a 24 de janeiro de 1967, para discussão e votação das emendas ao Projeto e promulgação da nova Constituição.

5º Volume — Comissão Mista 10,00

Contém as reuniões realizadas pela Comissão Mista encarregada de emitir parecer sobre o Projeto de Constituição e as emendas que lhe foram oferecidas.

6º Volume (2 Tomos) — Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição 20,00

Este volume apresenta cada emenda com a respectiva justificação e sua tramitação detalhada: pareceres (dos Sub-Relatores, do Relator-Geral e da Comissão Mista), requerimentos (destaque, preferência, votação conjunta) e votação. É feita a remissão ao 4º volume da obra, com indicação das páginas.

7º Volume — Quadro Comparativo Constituição de 1967

— Projeto originário do Poder Executivo — Emendas aprovadas (artigo por artigo) 5,00

REFORMA AGRÁRIA (3 Tomos) 30,00

— Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

— textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)

— alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita

— ementário da legislação correlata

— histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)

— marginalia (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”
 — QUADRO COMPARATIVO 8,00

Contém, compara-
 radas em todos
 os artigos:

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais de números 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional nº 6/69).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações, são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas, ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

DISTRIBUIÇÃO

As obras publicadas pela DIRETORIA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA são distribuídas, gratuitamente, pelo SERVIÇO GRÁFICO DO SENADO FEDERAL a:

- órgãos estatais
- Assembléias Legislativas
- Câmaras de Vereadores
- Prefeituras
- bibliotecas públicas
- universidades
- faculdades de Direito
- Embaixadas
- Confederações e Federações de Indústria, Comércio e Agricultura
- autoridades (Podéres Executivo, Legislativo e Judiciário)

PARTICULARES

Os pedidos devem ser endereçados à Fundação Getúlio Vargas — Sede: Praia de Botafogo, 190 — ZC-02 — Rio de Janeiro-GB (atende pelo Serviço de Reembólso Postal) — Lojas: no Rio de Janeiro: Av. Graça Aranha, 26; em Brasília: SQS 104, Bloco “A”, Loja 11; em São Paulo: Av. Nove de Julho, 2.029 — Caixa Postal 5.534.

PEDE-SE INTERCÂMBIO