

Nelson Hungria

COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO PENAL

Volume I - Tomo 1
Artigos 1 a 10

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

NÉLSON HUNGRIA

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal. Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojetos da Lei das Contravenções Penais e do Código de Processo Penal. Ministro do Supremo Tribunal Federal

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Professor titular da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Livre-Docente da Faculdade de Direito da UFRJ. Membro da Comissão Internacional de Juristas. Secretário-Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal. Advogado.

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940

VOLUME I

Tomo I

Arts. 1.º a 10

5.ª edição

F O R E N S E

Rio de Janeiro

1977

1.^a edição — 1948

2.^a edição — 1953

3.^a edição — 1955

4.^a edição — 1958

5.^a edição — 1977

(c) * *Nelson Hungria*
Heleno Cláudio Fragoso

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-fonte do
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ)

Hungria, Nelson, 1891-1969.

H916c Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I:
arts. 1.^o ao 10 /por/ Nelson Hungria /e/ Heleno Cláudio
Fragoso. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
395p. 23cm

Apêndice
Bibliografia

1. Direito penal — Legislação — Brasil I. Fragoso,
Heleno Cláudio II. Brasil. Leis, decretos, etc. Código
Penal III. Título

76-0573

CDU — 343(81)(094.46)
341.5

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE
Avenida Erasmo Braga, 299 — 1.^o e 2.^o andares — Rio de Janeiro — RJ
Largo de São Francisco, 20 — Loja — São Paulo — SP

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

<i>Nota da Editora</i>	7
<i>Nota Explicativa</i>	9
Primeira Parte — NÉLSON HUNGRIA	17
Art. 1.º	19
Arts. 2.º e 3.º	111
Arts. 4.º a 7.º	149
Arts. 8.º a 10	210
Segunda Parte — HELENO C. FRAGOSO	215
Art. 1.º	219
Arts. 2.º e 3.º	235
Arts. 4.º a 7.º	242
Arts. 8.º a 10	233
Apêndice	269
— Novas Teorias e Diretrizes do Direito Penal	271
— Novos Rumos do Direito Penal	284
— Costa e Silva, Penalista	299
— Crime Continuado	321
— Ortotanásia ou Eutanásia por Omissão	342
— Autoria Intelectual do Código Penal de 1940	350
— Direito Penal Comparado: histórico, objeto e finalidade	358
— O Asilo Político	366
<i>Bibliografia</i>	377
<i>Índice Alfabético</i>	389

PLANO GERAL DA COLEÇÃO

- Vol. I — Min. NÉLSON HUNGRIA
Tomo I: Arts. 1 a 10
Tomo II: Arts. 11 a 27
4ª ed. — 1958
- Vol. II — Arts. 28 a 74
Prof. ROBERTO LYRA
2ª ed. — 1958 (2ª tiragem)
Prof. ANÍBAL BRUNO
1ª ed. — 1969
- Vol. III — Min. NÉLSON HUNGRIA
Arts. 75 a 101
4ª ed. — 1958
- Vol. IV — Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO
Arts. 102 a 120
4ª ed. — 1958
- Vol. V — Min. NÉLSON HUNGRIA
Arts. 121 a 136
4ª ed. — 1958
- Vol. VI — Min. NÉLSON HUNGRIA
Arts. 137 a 154
4ª ed. — 1958
- Vol. VII — Min. NÉLSON HUNGRIA
Arts. 155 a 196
2ª ed. — 1958
- Vol. VIII — Min. NÉLSON HUNGRIA e
Des. ROMÃO CORTES DE LACERDA
Arts. 197 a 249
4ª ed. — 1958
- Vol. IX — Arts. 250 a 361
Prof. J. DE MAGALHÃES DRUMMOND
1ª ed. — 1944
Min. NÉLSON HUNGRIA
1ª ed. — 1958
2ª ed. — 1959

NOTA DA EDITORA

Esgotados os Comentários ao Código Penal, não poucos apelos recebeu a FORENSE no sentido de que os reeditasse.

Graças à cooperação e à boa vontade dos descendentes dos inesquecíveis mestres NÉLSON HUNGRIA e ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, consentindo na atualização do texto por força das alterações legislativas, isso agora se tornou possível.

A Companhia Editora Forense expressa seu agradecimento às famílias desses sábios penalistas, reiterando o mesmo aos ilustres professores HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que faz a atualização e acréscimos aos volumes de NÉLSON HUNGRIA, e RAUL CHAVES, que se desempenha de análogo encargo em relação ao volume de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO.

Em decorrência dessa ação conjugada, os leitores vão dispor não só do texto original desses grandes autores dos Comentários ao Código Penal, mas também, sob a responsabilidade de penalistas consagrados, de notas e acréscimos que tornam a obra clássica inteiramente atual quanto à evolução da doutrina, à legislação e ao texto do Código Penal de 1969.

A Diretoria

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

NOTA EXPLICATIVA

Os "Comentários" de Nélson Hungria constituem a obra mais importante do direito penal brasileiro. Nenhuma outra a superou em autoridade e nenhuma outra exerceu tamanha influência na aplicação do CP vigente. Ao ser projetada a coleção, incumbiram os editores a diversos eminentes penalistas o preparo de cada um dos volumes. O primeiro a ser publicado foi o segundo, escrito pelo professor Roberto Lyra, correspondendo aos artigos 28 até 74, e que veio à luz em 1942. A seguir apareceu o quarto volume, de autoria do professor Aloysio de Carvalho Filho, da Universidade da Bahia, em 1944. Nélson Hungria se incumbira do quinto volume, mas, à vista do desinteresse manifestado pelos demais convidados (à exceção de Magalhães Drummond, que preparou o nono volume, correspondente aos artigos 250 até 361, e Romão Cortes de Lacerda, que colaborou no oitavo), assumiu a responsabilidade de todo o remanescente, sendo publicada a primeira edição de todos os demais volumes em 1948. Dos que Nélson Hungria escreveu fizeram-se quatro edições: a segunda em 1953, a terceira em 1955 e a quarta em 1958 (volumes I, V, VI e VII) e 1959 (volumes III e VIII). Quatro edições também se fizeram do quarto volume, do prof. Aloysio de Carvalho Filho, e do segundo volume (do prof. Roberto Lyra) uma segunda tiragem se fez em 1958. Com o falecimento de Magalhães Drummond e as dificuldades surgidas para a reedição de seu livro, Nélson Hungria preparou novamente o nono volume, publicando-se uma primeira edição em 1958 e uma segunda, em 1959. O professor Aníbal Bruno preparou novamente o segundo volume (publicado em única edição em 1969) para substituir o que o prof. Roberto Lyra havia escrito e que, esgotado, não se reeditou.

A reedição desta obra famosa constitui, assim, acontecimento importante. Para atualizá-la, convidaram os responsáveis pela iniciativa um discípulo fiel do mestre desaparecido, seu antigo companheiro de muitas jornadas, no Brasil e fora dele. Poucos dias antes de sua morte, no início do ano de 1969, já enfermo, Nélson Hungria devolvera os originais de seu projeto de novo Código Penal ao Ministério da Justiça, solicitando que os enviassem ao mesmo discípulo para que este preparasse a respectiva Exposição de Motivos (tarefa executada, por múltiplas razões, apenas quanto à Parte Geral). Atendem, assim, os que decidiram fazer uma nova edição dos "Comentários" à confiança que o velho mestre generosamente depositava em seu discípulo, que se lança à grave tarefa, acima de suas forças, para mais uma vez honrar a memória daquele a quem tanto deve.

Ao contrário do que se tem feito no exterior na atualização de obras jurídicas importantes, decidimos preservar o texto original, ao invés de alterá-lo, acrescentando matéria nova, suprimindo ou modificando trechos. A primeira parte de cada volume reproduzirá fielmente o texto da última edição, na forma em que o compôs Nélson Hungria. Uma segunda parte haverá em todos os volumes, contendo novos comentários, artigo por artigo, correspondendo à atualização, que terá presente não só as alterações legislativas e as novas contribuições doutrinárias, como também o texto do CP de 1969, de modo a assegurar o aproveitamento da obra se o novo Código entrar em vigor. Neste primeiro tomo do primeiro volume vão publicados também vários excelentes ensaios do mestre desaparecido.

Nélson Hungria foi um dos mais notáveis penalistas brasileiros de todos os tempos. Ele nasceu em 16 de maio de 1891, em Além Paraíba, Estado de Minas Gerais, tendo-se formado pela Faculdade Livre de Direito, do antigo Distrito Federal, em 1909. Em 1910, desempenhou as funções de promotor público na Cidade de Rio Pomba, Minas Gerais, transferindo-se em 1918 para Belo Horizonte, onde se dedicou à

advocacia criminal. Em 1922 veio para o Rio de Janeiro, sendo nomeado delegado de polícia. Em 1924, através de concurso público em que conquistou o primeiro lugar, foi nomeado pretor. Daí por diante exerceu permanentemente a judicatura. De sua vocação de juiz nos fala no belo discurso proferido ao tomar posse no cargo de desembargador (RF 99/571). Em 1936 foi nomeado juiz de direito e, em 1944, desembargador do antigo Tribunal de Apelação do Distrito Federal. Em 1951, foi escolhido para ocupar o alto cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, que desempenhou com brilho invulgar até sua aposentadoria, em 1961, quando completou 70 anos. Dedicou-se à advocacia criminal até seu falecimento, ocorrido no Rio de Janeiro, em 26 de maio de 1969.

Em 1933, obteve a livre-docência na antiga Faculdade Nacional de Direito, com sua primeira obra publicada (Fraude Penal, Rio de Janeiro, Editora Est. Gráfica, 1932). Exerceu o magistério até 1937, quando por lei se proibiu a acumulação de cargos públicos. Em 1936, publicou, em conjunto com o professor Roberto Lyra, um Compêndio de Direito Penal (Editora Jacintho, Rio de Janeiro), no qual lhe coube a Parte Especial. Nesse mesmo ano e pela mesma editora, publicou a sua tese para a cátedra de Direito Penal (A legítima defesa putativa), que jamais defenderia. Em 1939, publicou um volume sobre os crimes contra a economia popular (Dos Crimes contra a Economia Popular e das vendas a prestações com reserva de domínio), cujo projeto de lei havia elaborado, e em 1940 reuniu em livro numerosos artigos e conferências divulgados em revistas técnicas (Questões Jurídico-Penais), sempre editados pela Livraria Jacintho. Trabalhador infatigável, Néelson Hungria é autor de enorme quantidade de estudos e artigos (muitos dos quais reunidos no volume Novas Questões Jurídico-Penais, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1945) espalhados em revistas jurídicas de todo o país.

Integrou Néelson Hungria a comissão revisora do projeto de Código Penal, de Alcantara Machado (juntamente com

Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga), sendo autor da Exposição de Motivos, assinada pelo ministro Francisco Campos. A mesma comissão elaborou o Código de Processo Penal e a Lei das Contravenções Penais que ainda vigoram.

A influência de Nélson Hungria no direito penal brasileiro foi, portanto, como se percebe, imensa. Foi ele, entre nós, o mais destacado representante do tecnicismo jurídico, que representou, sobretudo, retificação metodológica dos desvios e da confusão introduzidos no estudo do direito penal pela Escola Positiva, que teve, em nosso país, enorme repercussão, desde o início do século. Num trabalho escrito nos idos dos anos 30 (O tecnicismo jurídico-penal), incluído no volume Questões Jurídico-Penais, dizia o mestre: "O tecnicismo jurídico não é uma tendência do direito penal: é a condição sine qua non da realidade de uma ciência jurídico-penal. Só ele pôde imprimir ao direito penal a admirável unidade, harmonia e coesão com que se apresenta na atualidade." E afirmava que a ciência do direito penal não pode ter por objeto a indagação experimental em torno ao problema da criminalidade, mas tão-somente a exegese do direito positivo, a pesquisa e formulação dos respectivos princípios gerais e a dedução lógica das conseqüências. Assim sendo, os postulados de outras ciências sobre a delinqüência como fenômeno biopsicossociológico não se integram na ciência do direito objetivo, cujo único método possível é o dedutivo, o lógico-abstrato, o técnico-jurídico. E exemplificava: "Como o naturalista classifica, por exemplo, a uncinia tigris na família dos felinos, na ordem dos mamíferos, na classe dos vertebrados, no reino animal, assim o jurista penal constrói, v. g., o conceito da premeditação: é uma circunstância subjetiva do crime, compreendida no elenco das circunstâncias agravantes, que são elementos acidentais do crime, isto é, do ilícito penal, que é a mais grave forma do ilícito jurídico."

É lamentável que Nélson Hungria não tenha escrito obra orgânica e sistemática sobre o direito penal brasileiro, per-

manecendo os “Comentários” como seu trabalho principal. O estudo de comentários obriga a seguir a ordem (ou a desordem) com que as matérias se apresentam no CP, visando, mais propriamente, a fins práticos. Hungria deu, porém, a seus trabalhos categoria extraordinária, revelando, como ele disse de Costa e Silva, a posse completa do árduo e move-diço terreno da ciência penal. Apesar de sua formação técnica e do rigor sistemático, jamais perdeu de vista a realidade social e a destinação humana do direito punitivo, como realidade do “mar picado da vida”. Em página admirável (Introdução à Ciência Penal), incluída no volume Novas Questões Jurídico-Penais, dizia: “Os preceitos jurídicos não são textos encruados, adamantinos, intratáveis, ensimesmados, destacados da vida como poças d’água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos que, ao serem estudados e aplicados, têm de ser perquiridos na sua gênese, compreendidos na sua ratio, condicionados à sua finalidade prática, interpretados em seu sentido social e humano. Ciência penal não é esse leite desnatado, esse bagaço remoido, esse esqueleto de aula de anatomia que nos impingem os ortodoxos da jurisprudência pura. Ciência penal não é a jurisprudência isolada em si mesma, a desdobrar-se, introvertidamente, em cálculos jurídicos e subtilitates juris, indiferente às aventuras do mundo exterior. Não é ciência penal a que somente cuida do sistema ósseo do direito repressivo ou se limita a tessituras aracnídeas de lógica abstrata, fazendo de um código penal, que é a mais alta e viva expressão da ética de um povo, uma teoria hermética, uma categoria de idéias hirtas, um seco regulamento burocrático, uma inexpressiva tabela de aduana. Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um

"modelo de fábrica", mas um trecho flagrante da humanidade. A Ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa placitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem de vir para o chão do átrio, onde ecoa o rumor das ruas, o vozeio da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bramido da tragédia humana."

Partidário de rígida concepção retributiva da pena (como se pode ver tão bem pelo volume III dos "Comentários"), Néelson Hungria surpreendeu a todos quando, nas Jornadas de Derecho Penal, realizadas em Buenos Aires em agosto de 1969, quase septuagenário, sustentou a "unidade visceral" entre a pena e a medida de segurança, fazendo então uma nova profissão de fé: "Também eu fui partidário convencido da pena-retribuição. Como tal, fui um dos autores de um código eminentemente retribucionista, que é o Código Penal Brasileiro. Mas, a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual me levaram a uma revisão de meu pensamento, para renegar, para repudiar, de uma vez para sempre, a pena-castigo, a pena-retribuição, que de nada vale e é de resultado ineficaz. A pena-retributiva jamais corrigiu alguém." As novas idéias do mestre aparecem em seu anteprojeto de código penal, que eliminou, por completo, as medidas de segurança detentivas para imputáveis, bem como em seus últimos trabalhos: as conferências Novos Rumos do Direito Penal, feita no Rio de Janeiro (RF 198/21), e Novas Teorias e Diretrizes do Direito Penal, feita em Brasília, em 1967 (RF 222/26).

A maior lição que Néelson Hungria deixa a seus discípulos é exatamente essa: a fidelidade e o amor à Ciência, a capacidade de renovar as próprias idéias, que ele revelou numa idade em que as antigas concepções dificilmente são alteradas.

Retomando a publicação da obra fundamental do grande penalista, bem como, posteriormente, de seus ensaios

NOTA EXPLICATIVA

15

selecionados, seus antigos admiradores da “Revista Forense”, que ele mesmo chamou de sua “fiel editora” (RF 200/390), visam assegurar a permanência da obra que Jimenez de Asúa classificou de “monumental”. E prestam homenagem ao velho amigo desaparecido, de quem já disseram, ao registrar sua ascensão ao Supremo Tribunal Federal, ser “mais do que amigo, pessoa de casa” (RF 135/619).

Heleno C. Fragoso

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

PRIMEIRA PARTE

NÉLSON HUNGRIA

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

DECRETO-LEI n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940

PARTE GERAL

TÍTULO I

DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Anteriori-
dade da lei

Art. 1.º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* francês, art. 4.º; holandês, art. 1.º; alemão, § 2.º (restabelecido pela *Kontrollratsgesetz* n.º 11, de 30-1-1946); português, art. 5.º e 18; belga, art. 2.º; italiano, art. 1.º; suíço, art. 1.º; espanhol (1944), arts. 1.º e 23; polonês, art. 1.º; iugoslavo, art. 2.º; rumeno, art. 1.º; mexicano, art. 7.º; boliviano, arts. 27 e 28; haitiano, art. 4.º; chileno, arts. 18 e 80; dominicano, art. 4.º; salvadoriano, arts. 1.º e 40; nicaraguense, arts. 15, 41 e 83; hondurense, arts. 20 e 89; paraguaio, arts. 53 e 54; uruguaio, art. 85; panamenho, art. 1.º; peruano, arts. 2.º e 3.º; venezuelano, art. 1.º; cubano, art. 2.º; colombiano, art. 1.º; guatemalteco, arts. 1.º e 2.º; equatoriano, arts. 2.º e 4.º; costarriquense, art. 1.º; portorriquense, § 1.º.

BIBLIOGRAFIA (especial). SCHEM (Joachim), *Die Analogie im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 369, 1936; ACKERMANN (Barbara), *Das Analogieverbot in geltenden und zukünftigen Strafrecht* (A proibição da analogia no vigente e no futuro direito penal), idem, fasc. 348, 1934; SCHOTTLAENDER (Adolf), *Die geschichtliche Entwicklung des Satz: "nulla poena sine lege"* (A evolução histórica do aforismo, etc.), idem, fasc. 132, 1911; DROST (H.), *Das Ermessen des Strafrichters* (O critério do juiz penal), 1930; SCHAEFER (K.), "Nullum crimen sine poena", in *Das kommende deutsche Strafrecht* (O futuro direito penal alemão), col. por GÜRTNER, vol. I (parte geral), 1935; SALTELLI (Carlo), *L'analogia e i principi generali di diritto in materia penale*, in *Annali di dir. e proc. penale*,

1934, II; ANOSSOW (J. J.), *L'analogia nel diritto penale sovietico*, in *Scuola Positiva*, 1930, I, págs. 444 e segs.; ROTONDI (Mário), *Interpretazione della legge*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII; BECKER, *Die entsprechende Anwendung der Strafgesetze* (A aplicação analógica da lei penal), in *Gerichtssaal*, 1934, vol. 104, págs. 343 e segs.; ELVERS, *Die Bedeutung des Satzes "nulla poene sine lege" in seiner historischen Entwicklung*, 1909; FLORIAN (E.), *Analogia penale dei giuristi e analogia penale degli antropologi criminalisti*, in *Scuola Positiva*, 1936, I; KLEE, *Strafe ohne geschriebenes Gesetz* (Pena sem lei escrita), in *Deutsche Juristenzeitung*, 1934, fasc. 10, págs. 63 e segs.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Le principe "nullum crimen sine lege" et la question de l'analogie*, in *Revue de droit pénal et criminologie*, 1936; *El derecho penal autoritario en Alemania y el derecho volutarista*, in *Rev. de Derecho Penal*, vol. I, 1945; PALAZZO, *L'analogia nel diritto penale romano e moderno*, in *Riv. Penale*, 1939; PECO (J.), *La analogia penal y la peligrosidad criminal*, in *Archivos de Medicina Legal*, 1936; *La analogia en el derecho penal*, in *Anais do 1.º Congresso Latino-Americano de Criminologia*, tomo I, págs. 335 e segs.; HAFTER (E.), *Keine Strafe ohne Gesetz* (Nenhuma pena sem lei), 1921-1922; DE LA MORANDIÈRE (J.), *De la règle "nulla poena sine lege"* (tese de doutorado), 1910; BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, 1936; BOBBIO, *L'analogia ed il diritto penale* in *Riv. Penale*, 1938; I; DE MAURO, *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penali*, idem, 1925, I; GOETZLER, *Der Grundsatz "nulla poena sine lege" und die Vergeltungsidee*, in *Gerichtssaal*, 1934, vol. 104; SALVAGNO CAMPOS, *Le délit innome et l'interprétation analogique*, separata da *Revue Internationale de droit pénal*, 1932; BELING (E.), *Il significato del principio "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giustizia Penale*, 1931, págs. 319 e segs.; NEUMAN (O.), *Das Blankogesetz*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 87; DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des Etats autoritaires*, 1938; RAGGI (L.), *Della legge penale e della sua applicazione*, 1927; DELITALA (G.), *Analogia in "bonam partem"*, in *Scritti giuridici "in memoriam" de Eduardo Massari*, 1938, páginas 511 e segs.; MADUREIRA DE PINHO (D.), *La analogia en materia penal* (contrib. ao 1.º Congresso Latino-americano de Criminologia), 1938; PAULINO NETO, *Da aplicação da lei penal*, in *Anais do 1.º Cong. Nac. do Minist. Público*, 3.º vol., págs. 43 e segs.; JOSÉ DUARTE, *A analogia em direito penal*; memória publ. in *Trabajos do 1.º Congresso Latino-americano de Criminologia*, vol. II, págs. 371 e segs.; *Da aplicação da lei penal segundo o novo Código*, in *Revista Forense*, vol. 89, págs. 643 e segs.; MUNIZ NETO, *O principio da legalidade dos crimes e das penas*, 1940; NOÉ AZEVEDO, *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais*, 1936; COSTA E SILVA,

O princípio da legalidade e a analogia em matéria penal, in *Apêndice ao Código Penal*, II, 1938; QUEIRÓS (Narc.), *Analogia em "bonam partem" e a Lei de Introdução ao Código Civil*, sep. de *Arquivos do Minist. da Justiça*, 1944; MIRTO (Pietro), *Della legge penale*, in *I Codici Penali nel primo decennio di attuazione*, 1942, vol. I, págs. 229 e segs.; SIEGERT, *Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht (Interpretação e analogia no direito penal contemporâneo)*, 1935; DANNENBERG, *Liberalismus und Strafrecht im 19te. Jahrhundert*, 1925; LOPEZ-REY, *Qué es el delito?*, 1947; RONCAGLI (G.), *Analogia e consuetudine*, 1949; BRAMONT ARIAS, *La Ley Penal*, 1950.

COMENTARIO

1. **Princípio da legalidade.** A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre *lei* e *direito*. *Sub specie juris*, não existe *crime* "sem lei anterior que o defina,¹ nem *pena* "sem prévia cominação legal". *Nulum crimen, nulla pœna sine prævia lege pœnali*. A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos "princípios gerais de direito", ou pelo *costume*. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem *lacunas*. Se estas existem sob o prisma da *política criminal* (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do

¹ Foi criticado o emprego do verbo "definir" no texto do art. 1.º do Código (G. STQUEIRA, *Código Penal Brasileiro*, pág. 50): ao invés dele, devia ter sido usado o verbo "qualificar", que seria mais técnico. É de todo improcedente a crítica. *Definir* um crime é, segundo estilo corrente em direito penal, descrever o fato que o constitui; ao passo que, no rigor técnico, *qualificar* um crime é determinar sua *maior punibilidade*, dadas tais ou quais circunstâncias de especial gravidade objetiva ou subjetiva. Há os crimes *qualificados* como há os crimes *privilegiados* (em que o *tipo fundamental* é acompanhado de circunstâncias que acarretam sua *menor punibilidade*). O art. 1.º apresentaria, sim, uma falha de técnica, se tivesse usado o verbo "qualificar".

minimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, *a parte objecti* e *a parte subjecti*, a uma das *figuras delituosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da *licitude jurídico-penal*.² Os Códigos Penais modernos, segundo um conceito aparentemente paradoxal de VON LISZT, são a "*Magna Charta libertatum*" dos delinquentes. O princípio central de quase todos eles é o da *legalidade rígida*: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente. *Permittitur quod non prohibetur*.

Antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os *direitos fundamentais* do homem; e somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler. * ANOSSOW, penalista russo, defendendo a abolição do *nullum crimen sine lege* no Código Penal dos Sovietes, procura apoiá-la no *defensismo* da "escola penal positiva" e argumenta: "O direito não tem a mobilidade da vida, mas não é isso "razão para que fatos perigosos fiquem impunes por falta "de um ade-

² O princípio da legalidade no direito penal é a premissa da teoria dogmático-jurídica da *tipicidade*, de ERNST BELING: antes de ser *antijurídica* e *imputável a título de culpa* "*sensu lato*", uma ação reconhecível como punível deve ser *típica*, isto é, corresponder a um dos "esquemas" ou "delitos-tipos" objetivamente descritos pela lei penal. Sobre o valor técnico-jurídico da teoria de BELING, veja-se adiante, n.º 50.

* A Alemanha Ocidental restabeleceu, desde janeiro de 1948, a proibição da analogia em direito penal e o princípio *nulla poena sine lege*.

quando artigo no Código Penal”. É de retrucar-se que, embora ladeando seus próprios postulados e ilações, o positivismo penal não enjeitou o princípio da legalidade, por considerá-lo imprescindível baluarte da liberdade individual.³ Convenha-se que, mesmo abstraídas as leis penais, todo indivíduo normal, que cresce como membro da comunhão civil e vai natural e gradativamente afeiçoando seu espírito ao *clima ético* circundante, aos imperativos da moral prática que o solicitam desde a infância, tem, de regra, a clara intuição do que deve evitar para não se pôr em antítese com o escopo social de coordenação e coadaptação das atividades em comum. Não é outro, aliás, o raciocínio do direito penal clássico ao defender o dogma de que a ninguém é dado ignorar a lei (*nemo censetur ignorare legem*), de modo que ninguém se escusa invocando a insciência da lei (*ignorantia legis non excusat*). Dizia justamente GIERKE que “o fundamento “da regra *ignorantia juris nocet* é menos a ficção do conhecimento geral da lei do que o raciocínio de que na lei é apenas expresso o que já existe ou deve existir na consciência “jurídica de cada indivíduo”. Mas, a gênese social ou pré-legal dos deveres jurídicos não afasta a necessidade de se traçar um limite aos mandatários do Estado na aplicação da justiça penal. Antes da seleção legal (normativa) dos fatos

³ FERRI (*Principii di Diritto Criminale*, ed. 1928, pág. 800): “... il principio romano nullum delictum sine lege non può essere abbandonato come garanzia del civile consorzio”; FLORIAN (*Trattato di Diritto Penale*, p. g., 1934, 178-179): “Sarebbe il regno dell'arbitrio, la tranquillità e la pace dei cittadini non esisterebbero più, qualora potessero considerare come reati azioni, che al giudice od al sovrano piacesse di ritenere tali, senza previa solenne dichiarazione, o s'irrogassero pene a capriccio per specie o quantità. Anzi poichè la legge penale è l'espressione più alta e più energica dell'ordine giuridico, poichè essa ne è un poderoso strumento di tutela, la legge penale, più che orgni altra legge, richiede una formulazione chiara e precisa. La legge penale è il necessario presupposto anteriore dei reati e delle pene. Ben a ragione l'accennato principio fu definito polladio di libertà civile”.

lesivos do *mínimo ético* que o direito penal tutela, não se pode impor coativamente, *sub pœna*, quanto a eles, um *dever jurídico* de abstenção. A supressão do *princípio da legalidade* subverteria a própria noção da culpabilidade, que não pode existir sem a *consciência* da violação do *dever jurídico*, ou possibilidade dessa consciência. Com a abolição do sistema de enumeração taxativa dos crimes ou com a licença para o *arbitrium judicis* ou a analogia na incriminação de fatos e irrogação de penas, não poderia ser coibida, nos seus requintes e caprichos, a sensibilidade ético-social dos juizes criminais, que seriam naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrollado ou de imprecisas linhas de fronteira. O indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na iminência de se ver sujeito à reação penal por fatos cuja antissociabilidade escapasse ao seu mediano senso de ajustamento à moral ambiente. Seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidade dos juizes e a mentalidade média do homem do povo, ficando este subordinado a um *juízo de reprovação* muitas vezes inacessível ao seu próprio entendimento. Se, entretanto, inexistisse qualquer outro fundamento à permanência do *nullum crimen, nulla pœna sine lege* no pórtico do *jus positum*, bastaria o de ser, na expressão de MEZGER, o "*palladium* da liberdade civil". Há cinco lustros passados, quando um extremado credo *totalitarista* parecia avassalar o mundo, e a Alemanha dos nazis, na pegada da Rússia leninista, riscara do seu direito penal positivo a irrestrita proibição da analogia, ou a indeclinável formulação *normativa* do ilícito penal, dizíamos nós perante o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros: "Estamos vivendo uma época de antiliberalismo. A concepção do Estado Todo-Poderoso exige o aniquilamento do indivíduo. Não passa este de uma *quantité negligeeable* na aritmética do Estado totalitário ou do Estado marxista. Aquela intangível *zona livre* que a Revolução Francesa lhe assegura é hoje, no seio das ditaduras partidárias ou classistas, franco *domínio público*. Foi uma desapropriação violenta, sem prévio arbitramento e sem compensa-

ções. Na Rússia soviética, proclama-se que o *individuum* é o *mal* e deve ser combatido, anulado, subvertido na *massa*, que significa o povo reduzido a um vasto aglomeramento de produtos humanos estandardizados, erradicados de alma, confundidos na desolante mesmice de “modelos de fábrica”. Na Alemanha nacional-socialista, ao invés do ideal marxista da *massa*, fala-se, para servir ao ferrenho antiindividualismo de Hitler, no interesse do *povo*, que é defendido como “comunhão indissolavelmente ligada pelo sangue e pelo território” ou como “única grandeza política”, de que o Estado é forma natural; mas o resultado é o mesmo: o indivíduo reduzido à expressão mais simples. Embora com fundamentos diferentes, chegue-se, na Rússia e na Alemanha, a uma fórmula idêntica. “Não há direitos individuais em si mesmos”. Os postulados mais fundamentalmente insculpidos na consciência jurídica universal foram renegados como *superstições* malélicas, incompatíveis com o que por lá se chama o *novo Estado*, mas que, na realidade, não é mais que o retorno ao ominoso hiperestatismo dos tempos medievais. Não há melhor atestado dessa tendência involutiva do que a orientação jurídico-penal dos bolcheviques e nacional-socialistas. Antes que nós outros, ainda integrados na continuidade do credo democrático, nos refizéssemos do espanto causado pela adoção da *analogia* no Código Penal soviético, eis que o mesmo critério é inculcado e acolhido, sem reboços e sob moldes talvez mais desabridos, na Alemanha, que vinha sendo, havia mais de um século, a pesquisadora e inexcedível mestra do Direito. O Código moscovita assim fixara o princípio do direito penal desprendido das leis: “Se uma ação qualquer, considerada socialmente pe-
“rigosa, não acha especialmente prevista no presente Có-
“digo, os limites e fundamentos da responsabilidade se dedu-
“zem dos artigos deste Código que prevejam delitos de índole
“mais análoga”.⁴ Ora, esta pura e simples substituição do le-

⁴ É de notar-se que a permissão da analogia é tradição no direito penal dinamarquês (Códigos de 1866 e de 1930), mas em termos prudentemente restritos: “Incide sob a sanção legal todo ato cuja punibilidade seja prescrita pela legislação dinamarquesa

gislador pelo juiz criminal era incomparável com a essência do *Estado totalitário*, corporificado no *Führer*, segundo a diretriz política que domina na Alemanha, após a queda da República de Weimar. Preferiu-se uma outra fórmula, que está inscrita no "Memorial" hitlerista sobre o "novo direito penal alemão": permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo "sentimento" ou pela "consciência" do povo (*Volksempfinden*), depreendidos e *filtrados*, não pela interpretação pretoriana dos juizes, mas (e aqui é que o leão mostra a garra...) segundo a *revelação* (*Kundmachung*) do *Führer*. SCHAFFSTEIN, professor de direito em Leipzig, proclama, sem rodeios, do alto de sua cátedra: "A lei é o que o *Führer* ordena" (*"Gesetz ist, was der Führer befiehlt"*). A liberdade de aplicação analógica da lei penal é limitada pela submissão do juiz às "idéias" e às "ordens" emanadas da *mística* hitleriana. Conceitos, critérios, opiniões, pontos de vista, na interpretação, formação ou aplicação do direito, devem afeiçoar-se fielmente ao *espírito guiador* de Adolfo Hitler. Somente este (embora nascido numa aldeia fronteiriça entre a Áustria e a Tcheco-Eslováquia) é que tem o misterioso condão de polarizar o *espírito*, o *sentimento*, a *consciência* do povo alemão. SIEGERT, professor da famosa Universidade de Goettingen, assim formula o versículo do novo *Evangelho*: "Devemos seguir "as proclamações do *Führer* como linhas de direção, a mostrar-nos, dentro do espírito nacional-socialista, o justo caminho para o reconhecimento e solução das concretas situações "de fato". Os juizes não podem, de seu livre alvedrio, esquadrinhar a *sã mentalidade do povo* (*der gesunde Volksgeist*) para aplicar o direito penal *extra legem*: devem ter na memória, a impregnar-lhes substancialmente as decisões, o *Mein Kampf* e as arengas de Hitler. O *Mein Kampf* (esse livro que JACQUES BAINVILLE justamente qualifica de *bric-à-brac* de idéias

ou que lhe seja *integramente assimilável*". Pode mesmo dizer-se que o critério aqui consagrado não é propriamente o da aplicação analógica da lei penal, mas o da sua *interpretação extensiva por força de compreensão*.

pueris e charlatanices, em uma linguagem desconcertante de pedantismo) é a Bíblia do nacional-socialismo, é a craveira por onde têm de medir-se a alma e o pensamento alemães. O invocado “espírito do povo” não quer dizer o que o povo pensa na realidade, mas o que deve pensar segundo a *Führung*, isto é, a *orientação do Chefe*. . . A dialética dos modernos juristas alemães, postulando a absorção do indivíduo pelo Estado, não tem outro objetivo que a defesa da legitimidade do incondicionado poderio de Hitler. Mas, leiamos o que eles dizem. FREISLER, um dos máximos elaboradores do novo direito germânico, assim se pronuncia: “O direito penal não “pode e não deve ser uma enumeração ou catalogação de “casos, nos quais caiba ao Estado a faculdade de impor penas “aos indivíduos. Tal concepção somente seria admissível se “se considerarem o Estado e o indivíduo como *paralelas*, e “não quando o indivíduo é identificado como membro orgânico do povo e o Estado como forma natural da vida do povo, “segundo o prisma nacional-socialista”. SCHÄFFER assim argumenta: “O bem-estar e o interesse da coletividade são o “objeto e o fim de toda a atividade do Estado. Não pode este “tolerar que o indivíduo abuse impunemente de suas energias “em prejuízo da comunhão geral. Mesmo sem a prévia incriminação legal, e na dúvida sobre a nocividade social da própria conduta, deve o indivíduo abster-se de agir: se não se “abstém, age por sua conta e risco, e deve ficar sujeito à re-“pressão penal”. SCHAFFSTEIN, o mais radical inimigo do individualismo entre os penalistas de Hitler, renega toda a dogmática jurídica da escola liztchiana: não quer o direito estabilizado em fórmulas rígidas. Ao invés do método lógico-formal, que serviu ao ideal da segurança do direito no Estado liberal, o desenvolvimento da ciência jurídico-penal dentro da noção orgânica e complexiva de *direito, povo e Estado*. Supremo valor e, como tal, medida de todos os valores, é o Estado; não o Estado num sentido abstrato ou formal-mecanicístico, mas como *totalidade* da organização da vida do povo.

Dentro destes pontos de vista é que se apregea a necessidade de um direito penal libertado do rigorismo dos textos

legais. Para os sectários de Hitler, não podia merecer acolhida nem mesmo a concepção *autoritário-conservadora* do direito penal, conforme pleiteavam OETKER e NAGLER, inspirados no Código Penal fascista. E começou-se, então, por exigir o cancelamento de uma das normas centrais do direito penal tradicional: o *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ao invés desta elementar garantia ou condição da liberdade individual, foi proclamado, em toda a sua latitude, o princípio reacionário: “Não há crime sem pena” (*Kein Verbrechen ohne Strafe*). A *Strafrechtskommission* (Comissão de direito penal), nomeada pelo governo de Hitler em 1933, aprovou o seguinte dispositivo: “Se o fato não é expressamente declarado punível, mas um fato semelhante é *ameaçado* com pena “na lei, deve esta ser aplicada, se o respectivo pensamento “fundamental e a sã opinião do povo exigirem a punição”. E sobreveio, afinal, a novela de 28 de junho de 1935 (modificativa do § 2.º do Código Penal alemão, de 1871), que assim dispõe, adotando a fórmula que a própria *Strafrechtskommission* já inculcara em substituição à supratranscrita: “É “punido quem pratica uma ação que a lei declara punível “ou que merece punição segundo o conceito básico de uma “lei penal e a sã consciência do povo. Se nenhuma lei penal “determinada se aplica imediatamente ao fato, é este punido “de acordo com a lei cujo conceito fundamental melhor se “lhe adapte”.⁵

O encarecido pretexto para essa militante negação do liberalismo é a necessidade de reforçada proteção do interesse social, no sentido de que o criminoso, doravante, não depare eventualidade alguma de escapar pelas malhas da lei. É de ver-se como os juristas de Hitler, na crítica do direito penal tradicional, cuidam de emprestar vulto a míseros grãos de

⁵ “*Betrafft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und noch gesundem Volksempfindem Bestrafung verdient. Findet auf die Tat keine bestimmte Strafgesetz unmittelbare Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft*”.

areia. Um dos sovados exemplos que invocam, em desfavor do *sistema cerrado* dos Códigos Penais democráticos ou do *nul-lum crimen, nulla pœna sine lege*, remonta ao fim do século passado. Antes da lei alemã que incriminou explicitamente o desvio clandestino de *energia elétrica* (lei de 9 de abril de 1900), o Supremo Tribunal Imperial tedesco declarara o fato isento de pena, não se podendo *reconhecer* nele o delito de *furto*, porque a *eletricidade* não é *coisa móvel* corpórea, no sentido do art. 242 do Código Penal de 1871. Embora se apresentasse no caso uma evidente e intolerável lesão da propriedade alheia, tal como no furto, não podia ter lugar, no entanto, a imposição de pena, porque a lei penal era inaplicável por analogia. Esse aresto do *Reichsgericht*, datado de 1896, é agora exumado, para servir de *cavalo de batalha* aos atuais penalistas alemães. Ora, não se trata apenas de uma decisão que ficara sem eco fora da jurisprudência tedesca, mas, também, manifestamente errônea. Já o demonstrara à sociedade OSTWALD, em artigo publicado em 1897, na *Deutsche Juristische Zeitung*. Um objeto é matéria, sob o ponto de vista jurídico, quando tem um valor e é suscetível de apropriação. A *energia elétrica* é um objeto; não se cria do nada: pressupõe outra energia; por isso, tem um valor e é uma coisa móvel. Segundo justamente observa GIURIATI, quando a lei diz *coisa*, quer significar *matéria*, e se se pode, filosoficamente, discutir acerca da existência da *alma*, não se pode negar a materialidade de uma coisa que a gente é capaz de *produzir*, de *transportar*, de *empregar*. Nem se diga que para um físico é axiomática a antítese entre *eléctron* (energia) e *ión* (matéria), porque, se ao mesmo físico perguntarmos se a energia é uma entidade *espiritual* ou *material*, terá ele, indubitavelmente, de responder que é uma entidade material. Matéria e energia de tal modo se aglutinam, que nenhum dos termos, aparentemente antitéticos, pode existir sem o outro. A eletricidade procede da matéria e contribui para a sua formação. Da mesma opinião, com irrepreensível lógica, é outro autor italiano (FRASSATI): “Toda coisa que pode separar-se do “mundo externo onde se produz, sem perder suas caracterís-

“ ticas, é corporal. A eletricidade pertence à natureza irracional, satisfaz necessidade e é apta para lograr fins humanos; “ pode-se dispor dela pela vontade de um indivíduo, com exclusão de outros, e existe no mundo exterior. Se nela se dão “ todas estas particularidades, vive materialmente e é coisa “ móvel, no sentido do direito penal”. Assim, pois, o exemplo a que com tanta infelicidade se apegam os penalistas hitlerianos não passa de um notável erro judiciário. Para considerar *furto* a subtração dolosa de eletricidade, não era preciso de modo algum recorrer à *analogia*: o fato estava, sob esse *nomen juris*, inconfundivelmente previsto no art. 242 da lei penal alemã. E outra ridícula *teia de aranha* a que procuram pendurar-se os penalistas do nazismo é o caso da “fraude praticada sobre os aparelhos telefônicos automáticos”. Também aqui, a Suprema Corte alemã negava-se a reconhecer a ilicitude penal ou a identificar um caso de *fraude patrimonial*, pois, conforme argumentava, não se podia dizer que objetos inanimados fossem vítimas daquele *engano* a que se refere a lei quando prefigura o *crimen stellionatus*. Ora, somente a jurisprudência alemã entendera de acolher semelhante critério de decisão, cujo rigorismo é evidentemente exagerado. Se não se pode falar, propriamente, que o aparelho automático é iludido, não há negar que, com o artifício fraudulento para fazê-lo funcionar sem o lançamento da moeda autêntica, há *engano* dirigido contra os prepostos do centro telefônico, com injusto detrimento da empresa concessionária. É manifestíssima, na espécie, a concretização do estelionato, no rigor da conceituação legal.

Quando se verifica que para justificar a negação de um princípio basilar do direito penal clássico, só se encontram os bizantinismos de um tribunal demasiadamente aferrado à literalidade da lei, é de todo evidente que o *autoritarismo* penal consagrado no “Memorial” hitlerista não passa de caprichosa preocupação de extirpar sistematicamente tudo quanto se apresente sob color de liberalismo. A supressão do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, quer na Rússia, quer na Alemanha, não é mais que mero luxo de prepotência.

Porque a singela verdade é que não se pode apontar um único fato seriamente lesivo do interesse social que já não esteja previsto como crime no texto dos Códigos Penais. Se algum fato, fora dos quadros legais, ainda está, porventura, desafiando repressão penal, só poderia ser daqueles que o legislador costuma incluir no elenco das simples *contravenções*. Será, porém, que a transitória impunidade de um fato tão pouco relevante, do ponto de vista de sua antinomia com a disciplina social, que não chegou a ferir a sensibilidade do legislador, constitua uma desgraça nacional, para cuja deliberação se imponha o repúdio de um mandamento formulado pela civilização jurídica? Seria ridícula a resposta afirmativa. Mesmo em relação àqueles fatos que, por supervenientes condições de vida social, deixem de ser toleráveis e passem a merecer grave punição, não se justificaria a dispensa de incriminação legal com exclusivo efeito para os casos futuros. O inconveniente temporário da impunidade de tais fatos seria indubitavelmente menor que o da substituição do legislador pelo juiz, em desfavor de elementar garantia da liberdade individual.⁶ Não é preciso ter-se grande conhecimento das vicissitudes registradas pela história política

⁶ É o que, com toda justeza, acentua PAUL LOGOZ, o ilustre professor da Universidade de Genebra (citado na *Exposição de Motivos* do ministro CAMPOS sobre o projeto definitivo do nosso vigente Código Penal), referindo-se ao argüido inconveniente do *nullum crimen, nulla poena sine lege*: "... lorsqu'il s'agit de préciser le grief en citant des faits tirés d'une pratique déjà longue, les cas d'impunité dont ont fait état sont toujours plus ou moins les mêmes et ne constituent pas une liste très impressionante. On cite le vol d'électricité, la grivèlerie, certains cas d'obtention frauduleuse de telle ou telle prestation (un parcours en chemin de fer ou le fonctionnement d'un appareil automatique, par exemple). Il n'y a guère plus. Mais s'il est vrai que de tels actes ont pu, tout d'abord, trouver certains codes en défaut, cela justifie-t-il l'abandon d'une garantie dont, peut-être, on ne peut mesurer toute la valeur que quand on en est privé? Pour quelques acquittements dont la portée est assez minime et aux quels d'ailleurs un législateur vigilant peut couper court à bref délai, vaut-il vraiment la peine de courir des risques beaucoup plus graves?"

dos povos, para diagnosticar-se no desenfreado *autoritarismo* do novo direito penal alemão um fenômeno passageiro. É em vão que a tirania dos governos, em todos os tempos, tem procurado eliminar a afirmação do indivíduo no jogo e na entrosagem da vida em sociedade. O individualismo é uma tendência congênita e imortal do homem. Não há criar-lhes barreiras injustificadas. Nem mesmo o *terrorismo* soviético conseguiu sufocá-lo: aquela *alma*, que os marxistas chamam de *superstição burguesa*, mas que é o inextinguível foco, o inexaurível *humus* do individualismo, continua a germinar no seio do povo moscovita, para evidenciar, dia a dia, a absurdez da tentativa comunista de transfusão do homem-indivíduo no homem-multidão. O que, porém, seria lamentável, se não fosse irrisório, é que no Brasil, neste país em que o sentimento libertário é planta nativa, já se fala, com ares de superior convicção, que o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um *anacronismo*, uma antigualha a pedir museu, uma *velharia desacreditada*. Nós ainda não nos libertamos do mau vezo de acolher, sem refletir, as idéias que nos chegam, *empacotadas*, da Europa. Ainda não nos corrigimos da balda de ter acessos de tosse quando o Velho Mundo apanha a coqueluche... Na pressa de se coçarem de pruridos alheios, aqueles que, entre nós, vozeiam as idéias partejadas na crise epiléptica dos países europeus, não se dão ao trabalho de passá-las pelo crivo da meditação e ponderação que nos permite a tranqüilidade remansosa em que vivemos. Não percebem eles que um direito penal fora ou além das leis não seria um avanço, mas um recuo da civilização jurídica. Seria uma *contramarcha* aos crepusculares tempos medievais, em que o indefinido *arbitrio judicial* escreveu páginas que ainda hoje envergonham a humanidade. Ao invés dos textos legais, haveria livre ensejo para os preconceitos pessoais, os unilateralismos de opinião, a heterogeneidade dos critérios, o espírito sectarista, os *palpites* de cada juiz na formação do direito, o parcialismo da justiça. Ao invés da segurança dos prévios "moldes" penais, os erros de apreciação, a diversidade dos julgamentos, os ódios pessoais ou partidários, os caprichos

da prepotência, o íncubo das paixões de momento, as sentenças inspiradas na covardia ou servilismo em face dos governantes ou, o que é pior, em face da desorientada opinião pública. Se a jurisprudência no próprio regime de *lex prævia* é, por vezes, vacilante e incerta nas suas ilações exegéticas, imagine-se o que se passará no regime do direito penal extralegal ou não-escrito. . . Mas, ainda há mais. Com a eliminação do *nullum crimen, nulla pœna sine lege*, estará truncado um dos próprios fins políticos da pena, qual o da *prevenção geral* (ou da *coação psicológica*, segundo a fórmula de FEUERBACH), pois seria absurdo cogitar-se do caráter preventivo de penas sem o *memento* de expressos textos legais, isto é, penas que não se conhecem, a serem editadas para fatos ainda não definidos como crimes para ciência e governo dos cidadãos. Se a norma penal é uma *norma de conduta*, rematado despropósito será exigir-se que os indivíduos se ajustem a uma norma penal. . . inexistente. E se não existe norma legal incriminadora e punitiva, onde a certeza de que fato idêntico, se repetido, será tratado da mesma forma pelo juiz? Para os nossos insofridos pregoeiros de novidades europeias, quero repetir um conceito de SAUER, o insigne jurista-filósofo, que, apesar de alemão, não se alista entre os turbulários incondicionais de Hitler. Suas palavras valem como um *apelo à razão* nesta época de negativismo e ódio à Civilização que nos foi legada pelo aturado trabalho dos séculos: “As relações da vida e as criaturas humanas precisam amadurecer de novo para o liberalismo”. Bem sei que já não é mais possível, nem jamais terá sido praticável o individualismo romântico dos iluministas. O indivíduo não pode ser o único fim do Estado; mas, por outro lado, temos de convir em que não pode ser esmagado pelo *rolo compressor* do Estado totalitário ou brutalmente imolado a um despótico *interesse coletivo*, que se confunde na prática, as mais das vezes, com o interesse de uma facção, de uma classe dominante, de uma maioria ocasional. As posições radicais, para a *direita* ou para a *esquerda*, não são mais que colapsos ou retrocessos na evolução política dos povos. O justo caminho é sempre

o *meio-termo*. Só é possível o seguro avanço da Civilização quando a humanidade se apazigua nos pontos de equidistância entre os extremos, segundo a *lei de proporção* de que nos falava PITÁGORAS. Façamos a revisão dos princípios individualistas. Se há divergência entre os interesses do indivíduo e os da coletividade, a intervenção retificadora do Estado não se poderá fazer, para ser eficiente e duradoura, senão dentro de um superior sentido de equilíbrio e de harmonia. Atribua-se uma firme autoridade ao Estado, para regular o jogo das energias que se entrecruzam no seio da vida social; mas reserve-se ao indivíduo aquele sagrado e inexpugnável *quantum* de liberdade que lhe é absolutamente necessário para o seu êxito como imprescindível força de sinergia na consecução dos fins sociais. Ainda e sempre: "*sub lege, libertas*".⁷

⁷ Insistindo por uma solução conciliatória ou intermédia do velho e renitente dissídio entre *liberdade* e *autoridade*, dissemos alhures: "Para colir os abusos do individualismo, que a Revolução Francesa ensinara ao mundo, o Estado contemporâneo não se ateu à máxima de que *abusus non tollit usus*: reduziu o indivíduo, sumariamente, a uma quantidade desprezível na aritmética político-social. O direito caracteriza-se, na hora presente, mesmo nos países mais afeiçoados aos "direitos do homem e do cidadão", pela incessante restrição da liberdade individual, — o que vale dizer: pela crescente anulação da personalidade humana. Para combater a hipertrofia do individualismo, voltou-se ao hiperestatismo de épocas já inteiramente superadas. Retornou-se à penumbra da Idade Média. A *liberdade* cedeu o passo à *autoridade*. Abstraiu-se que ambos os extremos — liberdade sem lei ou lei sem liberdade — deitam raízes fora da razão humana. Mas, se não era possível a felicidade dos homens num regime de excessiva liberdade, muito menos se-lo-á num regime de escravidão. Pior que a lei da *jungle* é a lei da senzala; pior que a livre eclosão dos instintos é o entrave sistemático à expansão das tendências e vocações. Se o direito não procura o "meio-termo" ou a equidistância entre os interesses do indivíduo e os interesses do Estado, acaso colidentes, deixa de ser norma de cultura ou expressão da moral social, para ser instrumento passivo, ou do mais requintado egoísmo ou da mais intolerável prepotência. Não há sair dentre os chavelhos deste dilema. Sou daqueles que, adstritos à visão da realidade jurídica, negam a existência do chamado *direito natural*, com ou sem Deus. Não há outro

2. **Evolução histórica do "nullum crimen, nulla poena sine lege".** No primitivo direito penal romano, formado à proporção que surgiam os casos concretos, não era proibida a punição *sine lege*. Ao tempo do governo dos magistrados, em conjugação com o tribunal do povo, já havia prefiguração de vários crimes (e prefixação de penas), mas o tribunal popular podia declarar puníveis outras ações não previstas. Quando, porém, ulteriormente, o tribunal popular foi substituído pelo processo das *quæstiones* e a jurisdição penal

direito senão o que se encerra na lei do Estado. A fórmula de Kelsen é incontestável: "O Estado é o direito". Não há direito errando fora das leis. Não é direito, mas simples aspiração a direito, com maior ou menor probabilidade de êxito, o que não se insere no mandamento coativo do Estado. Alguns juristas-filósofos, alarmados ante o absorvente predomínio do Estado, puseram-se a construir teorias de limitação ao seu arbítrio legislativo e chegaram a apelar para o "direito natural" de reflexo divino, como *vontade normativa superior* à do legislador estatal. A HEGEL, a JELLINECK e a KELSEN antepôs-se SANTO TOMÁS DE AQUINO. Mas a tentativa é absurda, na vigência de uma civilização desprovida de Deus, intoxicada de SPENCER e de COMTE, inafeiçoável a uma cosmovisão transcendental. Assim, é força reconhecer que o pretendido "direito natural", na expressão de um publicista moderno, está para o direito legislado como um rei de baralho está para um rei de verdade. Não se pode acreditar num "direito natural de liberdade", como querem os rousseaunianos e andam proclamando, entre nós, muito suspeitos amigos da deusa do barrete frigio. O que há é a *possibilidade* ou *faculdade* natural de atividade livre do indivíduo, mas que o *imperium* do Estado disciplina e ajusta, transformando-a em "direito subjetivo individual", naturalmente limitado, porque todo direito é limite e proporção. Na famosa frase de DANTE, direito é *proportio hominis ad hominem*. *Liberdade*, como conceito jurídico, não pode ser coisa diversa da clássica definição de BLUNTSCHLI: "faculdade de exercer a própria vontade *nos limites do direito*". É a manifestação da liberdade individual não coibida pelo direito positivo. É o poder jurídico do indivíduo, de dispor da própria pessoa e determinar-se ou agir segundo a sua vontade, sem outros limites que os traçados pelo direito do Estado. É a isenção de entraves à afirmação da personalidade humana no ambiente social, isenção que, dentro das fronteiras da ordem jurídica, compete a cada indivíduo em face dos outros indivíduos e em face dos órgãos do Estado. A liberdade do

passou gradativamente para o tribunal de jurados, uma ação só podia ser punida se estivesse precisamente incriminada. Não podia ser punido um fato reprovável só porque fosse merecedor de pena. Notadamente com as *quæstiones perpetuæ*, instituídas ao tempo de SILLA, e com a *ordo judiciorum publicorum*, passou a ser vedada a analogia. Como assinala MOMMSEN, “de então em diante, não podia haver em Roma “nenhum delito sem prévia lei criminal, nenhum processo “penal sem prévia lei processual, nenhuma pena sem prévia

homo socialis só pode ser a “liberdade jurídica”, a liberdade sob o prisma da realidade jurídica, a esfera individual imune da intervenção do Estado ou em que os fins estritamente individuais, como diz JELLINECK, encontrem satisfação na livre atividade consentida pelo Estado ao indivíduo. Ampla ou restrita, a liberdade jurídica tanto existe sob os governos democrático-liberais quanto sob os governos autoritários. Mesmo no regime marxista, em que o indivíduo é subvertido na *massa*, não deixa de existir essa liberdade *sub specie juris*, embora estreitamente delimitada pelas leis institucionais do governo soviético. Nela também se proclama que “a livre expansão de cada um é condição para a livre expansão de todos”, mas como não se julga possível realizar o ideal de liberdade sem graus de passagem, pois, na presente organização social, a liberdade dos indivíduos economicamente mais fortes acarreta a opressão das massas, tem-se de criar um regime preliminar de limite ao indivíduo. O Estado liberal quer, antes de tudo, a liberdade individual; o Estado socialista quer, precipuamente, a igualdade ou, melhor, a “igual liberdade” dos indivíduos. Não os indivíduos isolados no seu egoísmo, mas consubstanciados na massa. Bem-estar de cada um e bem-estar de todos, — ideal que não se alcançará sem restrições à liberdade individual. Como quer que seja, porém, a liberdade jurídica não diverge de um regime político para outro, senão do ponto de vista “quantitativo”. No Estado liberal, é dinheiro de pródigo, enquanto no Estado totalitário é dinheiro de avaro; mas, tal como o dinheiro, a liberdade jurídica é “qualitativamente” a mesma, quer dada às mancheias, quer somiticamente... Formulam-se postulados mais ou menos abstratos, ideologias mais ou menos metafísicas, fábulas à ROUSSEAU ou místicas à Hitler; mas, na realidade prática, o que há são apenas Estados que abdicam, ou não, do seu indefinido poder em face do indivíduo. Estou bem certo que a lógica desse raciocínio leva ao desconfortante corolário do Estado Todo-Poderoso ou Estado-Moloch. Se não há poder algum acima da soberania do

“lei penal”. Com o advento, porém, do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial, repudiou-se o princípio da legalidade rígida. Instituiu-se o processo *extraordinário*, e as fontes do direito penal passaram a ser, além das antigas leis populares, a *Constitutio* imperial, o *rescriptum*, o direito municipal, o direito local, a *consuetudo* radicada no *usus fori*. Permitia-se a interpretação extensiva e mesmo a analogia, isto é, a pena podia ser, excepcionalmente, irrogada *ad exemplum legis* (Dig., XLVIII, IV, 7, § 3.º). En-

Estado, a vontade deste é a lei e a única matriz do direito. Desgraçadamente, não há evitar que daí resulte para o Estado, na expressão de JHERING, o “monopólio da coerção”, de que deriva a possibilidade de indefinida extensão da *autoridade*, em detrimento da *liberdade*. Contra essa indisfarçável e chocante realidade não há senão um remédio de êxito precário ou contingente. Não cuidem que me refiro à *ultima ratio* da “revolução”, segundo a tábua de direitos de 89 ou segundo o postulado de LOCKE, que, na ânsia de desatar esse nó górdio do sempre renascente conflito entre liberdade e autoridade, não vacilava em apelar para a violência, e em nome de Deus. Não! A violência nunca resolveu os problemas humanos e sociais. As revoluções, via de regra, são apenas o aproveitamento de ideologias para justificar, na ascensão ao poder, o “*ôte toi de là pour que je m’y met*”. O corretivo a que aludo é a idéia imanente de justiça que a experiência e a razão infundem aos homens e se apresenta como instante sugestão ao espírito dos titulares do poder. Ajudada pela lição dos fatos político-sociais, pelo ensinamento histórico, a razão demonstra a existência de alguns princípios básicos, em que se devem assentar todas as concepções técnicas do direito. Trata-se de um dado específico da própria essência humana, a entre-mostrar, talvez, a nossa transcendente afinidade com a essência divina. Pretender que o direito, na sua evolução histórica, não prescinde e não pode prescindir desse elemento estrutural, não é propriamente, como entende o ceticismo de GASTON JÈZE, construir um “monumento de inutilidade e de orgulho”. Parece mesmo que há uma sanção misteriosa para os ditames dessa consciência de justiça, em parte congênita e em parte adquirida. Conforme adverte LE FUR, quando qualquer desses ditames ou “imperativos categóricos” é negado ou repudiado, no seio dos povos, por um grupo político dominante, comete este um grave erro e terá de sofrer, mais cedo ou mais tarde, o escarmento dos contragolpes. Vede o que se passa, na palpitante atualidade, com as desventuradas Alemanha e Itália.

tretanto, como no direito anterior, jamais uma ação (não previamente incriminada) podia incidir *sub poena* pelo simples fato de ser merecedora de pena. Ainda então se preceituava que "*poena non irrogatur nisi quæ quaque lege vel aïo jure* (referência às novas fontes do direito, acima referidas) *specialiter huic delicto imposita est*". Mesmo no regime das *penas extraordinárias*, não eram estas puramente *arbitrárias*, pois o tribunal, ao aplicá-las, estava adstrito a consultar as fontes jurígenas acrescidas ao velho *jus legitimum*.

O nacional-socialismo e o fascismo haviam culminado na divinização do Estado e legitimação da autoridade *in extensum*. Foi despejadamente proclamado que a vontade do mais forte é que faz o direito. Rezou-se na filosofia de NIETZSCHE, no evangelho de Zarathustra: "Não vos aconselho o trabalho, mas a luta; não vos aconselho a paz, mas a vitória. Uma boa causa — dizeis — santifica a própria guerra; mas eu vos digo que é a boa guerra que santifica qualquer causa. Não há pior vício que a piedade e a fraqueza. "Eis a nova lei que promulgo para vós, meus irmãos: sede duros". A opressão passou a ser o útero do direito. Assim na política interna como no plano internacional. Com a *Gestapo*, a milícia dos *camicie nere*, o machado do carrasco e a *guerra total*, sob o pretexto de que a necessidade não tem lei ("*Not kennt kein Gebot*"), a vontade tirânica de dois partidos políticos seria a lei e o direito em todo o orbe terrestre. O *Führer* alemão e o *Duce* italiano renegaram a tradição do direito e emudeceram a voz da justiça. Mas o castigo não tardou, trazido pelo tremendo *choc de retour* dos acontecimentos. Dir-se-ia que a maldição de Deus caiu sobre eles como nos tempos bíblicos. A pátria de GOETHE e a pátria de DANTE são hoje um arrepiante estendal de ruínas. Benito Mussolini morreu trucidado pela própria multidão que outrora o aclamava em delírio. Adolfo Hitler, acuado como um cão hidrófobo, mordeu igualmente o pó do chão, depois de assistir ao desmoronamento da sua *gross Deutschland*. Projecemos, porém, o nosso olhar para além desse horrendo cataclismo de ódio e sangue em que nos lançou a desmedida ambição de dois energúmenos, e procuremos imaginar como será ou deve ser o amanhã da paz universal, o reatamento da continuidade do direito, a restauração da justiça no mundo redimido pelo sofrimento. Nada teremos aproveitado da terrífica lição, se não soubermos reconstruir o mundo pela reconstrução do direito sobre as bases de uma justiça racional. É bem verdade que a evolução política e a evolução jurídica não se operam em linha vertical e

Na Idade Média, entretanto, com a prevalência do *direito consuetudinário* sobre a lei escrita, o exemplo do processo romano extraordinário medrou amplamente, prescindindo-se, na configuração de crimes e irrogação de penas, até mesmo da analogia ou do *exemplum legis*. Permitiu-se o *plenum arbitrium* dos juízes. Foi a idade de ouro das *penas arbitrarias*. Ao juiz só era vedado, quando muito, excogitar uma espécie nova de pena. E ao lado do arbítrio do juiz ainda havia o arbítrio do rei, de que foram atestado, em França, as céle-

contínua, mas em espiral. Estamos atualmente num período de regresso, mas temos de retomar o giro de propulsão para a frente e para cima. É indispensável, antes de tudo, um amplo reabastecimento de moral e um apurado espírito de justiça. Sem uma e sem outro, não será possível paz duradoura, nem real felicidade entre indivíduos e povos. É imprescindível uma paz alicerçada na força do direito, e não a paz do Tribunal de Nuremberg,* alicerçada no direito da força. Se tivéssemos de caminhar, não para a paz fundada no direito, mas para a *paz romana*, imposta pelo arbítrio da desforra dos vencedores, teria sido então preferível que continuássemos na guerra. Há mais beleza e dignidade no furor de aço e fogo dos exércitos em luta do que na paz mantida pela opressão. E paz sem amor, sem justiça, sem direito, sem caridade, sem perdão, sem Deus, é paz efêmera. É quietude exterior de caldeira sob pressão. É silêncio de bocas amordaçadas. É agravação de ódios e rancores dissimulados no ambiente de senzala. É surdo fermento de novas guerras e hecatombes humanas. Somente poderemos ter um mundo

* O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez *tabula rasa* do *nullum crimen nulla poena sine lege* (com um improvisado *Plano de julgamento*, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o "enforcamento" e penas puramente arbitrarias); desatendeu ao princípio da "territorialidade da lei penal"; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a elas imputados; funcionou em nome dos vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte. Como diz MONTERO SCHMIDT (*Rev. de Ciencias Penales*, tomo IX, n.º 4, 1946): "*jamás había podido concebir la mente de jurista alguno un derrumbe más grande de los principios de Derecho, que se iluminó, al postre, con una escena grotesca: el ahorcamiento del cadáver del Mariscal Goering, después que éste se había suicidado!*"

bres *lettres de cachet*. Mesmo nas codificações da avançada Idade Média, não se proibia a analogia penal. Assim, a *Carolina* (Ordenança criminal de Carlos V, 1532), o *Codex juris Bavarici criminalis* (1751) e a *Constitutio Criminalis Theresiana* (1769). CARPSOVIO (1595-1666), entretanto, na Alemanha, já pugnava pelo *arbitrium* moderado, devendo o juiz,

digno de ser habitado, se o remodelarmos dentro do respeito pela dignidade humana. Renunciemos, uma vez por todas, aos estúpidos "ismos" facciosos. Nem escravos, nem déspotas. Nem o Estado exclusivamente para o indivíduo, nem o indivíduo exclusivamente para o Estado, mas ambos para a conquista e promoção do autêntico bem de cada um e de todos, — o que, em última análise, é a própria finalidade do direito. Nem o imperialismo do indivíduo, nem o imperialismo do Estado, mas a justiça, fortemente lastreada pela moral, como equilíbrio entre as necessidades finalísticas do Estado e o interesse dos indivíduos *uti singuli*, entre o ideal que se pode conceber pelo dom da razão e a solução oportuna dentro das contingências sociais e humanas. Não continuemos, anacronicamente, a exaltar um individualismo radical ou atomístico, cujos erros e desmandos ainda estão bem presentes em nossa memória; nem proclamemos o desembestado intervencionismo do Estado, que redundará na intolerável absorção ou aniquilamento do indivíduo. JULIEN BENDA (*La grande épreuve des démocraties*) assim disserta, com toda justeza: "É claro que, se o culto da liberdade consiste exclusivamente "no aprego das satisfações materiais que dela se podem tirar, ou no objetivo do que já denominei "dilatância pessoal", esse culto é "positivamente imoral; e, por outro lado, se a abdicação da liberdade individual em favor da coletividade tem unicamente por fim "a liberdade do todo social e a possibilidade de mais justiça para "cada um de seus membros, ela é eminentemente moral". Este raciocínio deve ser um programa de ação no mundo de amanhã... O que temos a realizar, nesta hora de reabilitação da democracia, é um reajustamento de interesses. Autoridade do Estado e liberdade do indivíduo, não como forças mutuamente hostis, mas como interesses conciliados e aglutinados numa síntese orgânica. O papel do direito nesse próximo futuro não deve ser outro senão o que sempre lhe coube na sua racional evolução: colocar-se a meio-caminho entre a tradição e a originalidade, conhecer e avaliar as necessidades do meio social presente e adaptar, o mais possível, umas às outras, as idéias fundamentais e as situações novas.

A este espírito de moderação obedeceu o nosso Código Penal vigente. É absolutamente inexata a informação de JIMÉNEZ DE ASÚA

conforme dizia ele, regular-se “*secundum fidem, æquitatem et religionem*”. Também na Itália, não obstante o *arbitrium judicis* reconhecido no direito estatutário, FARINACIO, entre outros, antecipava-se ao princípio individualista do século XVIII: “*Pœna non imponitur pro omni delicto, sed tantum pro eo, quod lex statuit esse delictum. Delictum non est*

(*Códigos Penales Iberoamericanos*, I, pág. 174), de que ele atendeu ao escopo de “defender a *nova ordem* brasileira personificada em seu Estado totalitário”. Primeiramente, nunca houve *totalitarismo* no Brasil. A Constituição de 37 não se podia dizer *totalitária* só porque procurou corrigir certos excessos do individualismo e armar a própria democracia contra os extremismos da *direita* e da *esquerda*. A hipertrofia do Poder Executivo, que se seguiu, não resultou do sistema constitucional de 37, mas, ao contrário, da suspensão dele, em virtude de continuado *estado de emergência*, que redundou em franca ditadura.

Se o Código de 40 não pactuou com o liberalismo à *outrance*, não o fez por injunção de tendência político-totalitária, mas em obediência a critérios pacíficos no setor do direito penal muito antes do advento dos governos antiindividualistas. O direito penal, dentro dos próprios quadros da “escola clássica” (amamentada com o leite da filosofia libertária dos séculos XVIII e XIX), sempre assumiu uma feição ao mesmo tempo *liberal* e *autoritária*. *Liberal*, no sentido de que só a lei pode criar limites à liberdade individual; *autoritária*, no sentido de que o *ius puniendi* não deriva de um suposto “contrato social” (segundo a fábula de ROUSSEAU), mas da necessidade de defesa da autoridade do Estado, autoridade que assenta, não na própria essência deste (como se postulava no direito antigo e medieval), mas na lei.

Um Código que acolhe princípios centrais do individualismo político em matéria penal, quais sejam a proibição da analogia e a irretroatividade da *lex gravior*, não pode ser acoimado de *totalitário*. Deste qualificativo, aliás, o insigne ASÚA faz uso imoderado. Eu mesmo fui por ele increpado de “classicismo politicamente totalitário” (ob. cit., pág. 172). Não acreditar em direitos pré-estatais ou pré-legais e reconhecer na lei a fonte única do direito, mesmo o da liberdade individual (dizia VOLTAIRE que “ser livre é não depender senão da lei”); enjear o fabulismo do “contrato social”, mas propagnar o mútuo ajustamento entre os direitos individuais e os interesses sociais, não é ser *politicamente totalitário*, mas postular a coadaptação entre liberdade e autoridade, dentro das linhas estruturais do *Estado de direito*.

ubi pœna non cadit, etiam quod illicitum sit. Pœna non habet locum nisi in casu a jure expresso". Muito antes dos enciclopedistas, já BACON (1560-1626) filosofava que "*optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis*"; e PUFFENDORF (século XVII) declarava que "*tralaticium est, ubi non sit lex, ibi nec pœna, nec delictum invenire*".

Fato notável é que na Inglaterra, diversamente da Europa continental, madrugou, para o direito positivo, o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas. Já a *Magna Charta* do rei João (1215), no seu art. 39, assim proclamava, consagrando a proibição da analogia *in malam partem*: "*Nullum liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliqui modo destruetur nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per legem terræ*". Este preceito continha, sem dúvida, a idéia fundamental de limitação da autoridade do Estado em face da liberdade individual, que, no século XVII, JOHN LOCKE⁸ haveria de desenvolver e, no século XVIII, MONTESQUIEU retomaria cristalizando-a no seu famoso *Espírito das Leis* (1748). Foi com o grande publicista francês que se fixou o conceito de liberdade como "o direito de fazer tudo quanto as leis permitem". O que não é proibido é permitido. O indivíduo orienta-se exclusivamente segundo a lei. Daí, como corolário necessário, a proibição da analogia e do direito costumeiro em matéria penal.

Ainda mais: com a teoria da *separação dos poderes*, MONTESQUIEU criou um novo fundamento à proibição da analogia penal, pois o Poder Judiciário não podia, sem usurpação de função do Poder Legislativo, incriminar fatos ou irrogar penas. O juiz deve limitar-se a ler a lei e aplicar-lhe fielmente o texto. *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*. A divisão dos poderes é garantia da liberdade individual.⁹

⁸ *Two treatises of government*.

⁹ "*Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la*

O princípio da legalidade, como inferência do individualismo político, encontrou ressonância entre os enciclopedistas, filósofos do direito natural, iluministas, *novelistas* do *Contrato Social*; e BECCARIA (rousseauiano convicto), com o seu retumbante opúsculo *Dei delitti e delle pene* (1764), foi um dos máximos fatores de sua difusão no espírito da época. Somente a lei — dizia ele — pode determinar penas para os crimes. Nada de formação do direito penal pelo juiz ou pelo costume. Nenhum arbitrio ao juiz: “*In ogni delitto si deve fare dal giudice un silogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza la libertà o la pena*”. Foi a doutrina de BECCARIA que influiu na primeira formulação, em termos nítidos, do princípio da legalidade no direito penal positivo, isto é, na consagração de tal princípio pela *Josefina* (Ordenança penal austríaca de José II), que antecedeu de dois anos a declaração francesa dos “direitos do homem e do cidadão”.

Já então a doutrina de LOCKE, aperfeiçoada pela teoria política de MONTESQUIEU e acentuada pela filosofia jurídica de BLACKSTONE e JAMES OTIS, repercutira fundamente nas colônias inglesas da América do Norte. O art. 39 da *Magna Charta* (chamado “*the keystone of english liberty*”) passara aos *Bills of Rights* e Constituições dessas colônias, e o Congresso de Filadélfia (1774) incluiu o princípio da legalidade entre os direitos fundamentais do homem. Na Constituição federal americana (1787) veio a ser expressamente estatuída a proibição da lei *ex post facto* em matéria penal. Assumindo caráter eminentemente político, foi o princípio, de tornaviagem à Europa, ricochetear sobre a Revolução Francesa. A Constituição da Virgínia (cujo art. 8.º dispunha que “*no man be deprived of his liberty except by the laws of his land or the judgement of his peers*”) deixara profunda impressão em LAFAYETTE (quando de sua estada na América), e este, na Assembléa Nacional francesa, foi o primeiro a reclamar uma

liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle étatt jointe à la puissance executrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur” (De l'Esprit des Lois, liv. XI, cap. VI).

positiva *declaração de direitos*, no estilo dessa Constituição. Sob uma forma de iniludível precisão, foi então o princípio da legalidade consagrado pelo art. 3.^o da *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* (28-8-1789): “Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au delit et légalement appliquée”. Esta fórmula tornou-se dogma da democracia e propagou-se por todo o mundo civilizado. Os sucessivos Códigos Penais a endossaram e, na Alemanha, FEUERBACH teve o mérito de demonstrar que o princípio da legalidade, além do seu fundamento político, atendia a um critério nitidamente jurídico-penal: a função da ameaça penal é exercer uma geral *coação psicológica* impeditiva do crime (teoria já esboçada por WOLFF),¹⁰

¹⁰ Não se pode negar que a pena é um freio contra o crime. Não vale dizer que ela é impotente para conjurar uma grande percentagem de reincidentes, assim como não impede a delinqüência *primária*. Os seres humanos não são impelidos pelo prazer ou repelidos pela dor de modo invariável ou uniforme, como asseguram os hedonistas. Além disso, não se pode deixar fora de conta a *esperança de impunidade*, que muitas vezes anima os delinqüentes. O êxito preventivo ou intimidante da pena não pode, é certo, ser infalível em todos os casos; mas não é justo nem leal argüir-se a nenhuma *coação psicológica* de pena (como faz a *escola positiva*), tendo-se em vista somente os que delinqüem e os que reincidem; porque se abstrai, dessarte, com evidente unilateralismo, a infinidade dos que não vão ou não retornam ao crime *formidine poenæ*. Suprima-se a pena (*quod Deus avertat*), e o crime seria, talvez, a lei da maioria. É irrecusável lição da experiência (e não simples “argumento de psicologia automórfica” de criminalistas ingênuos, como dizia FERRI) a eficácia inibidora da pena. A propósito, raciocina com *humour* o Prof. THORNDYKE (*Man and his works*, 1943): “Se um certo prazer, como, por exemplo, o de beber um copo de “cerveja, é acompanhado de certa *punição*, digamos, a de pagar “alguns níqueis, o hábito, em determinado indivíduo, pode estabelecer-se na ingestão de três copos por dia; mas, se a cerveja vem “a ser-lhe fornecida de graça, rapidamente passará a beber uma “dúzia de copos diários...” Abolida a ameaça da pena e a crer-se, como quer PATRIZI, que no fundo de cada um de nós há um *criminoso nato*, estaria implantada no convívio social a lei do mato virgem.

justificando-se a efetiva aplicação da pena quando alguém, apesar do conhecimento dessa ameaça, não se abstém de praticar o fato proibido *sub pœna*; de modo que a punição de determinado fato tem como pressuposto a anterioridade de sua incriminação e correspondente cominação penal, no texto da *lei escrita* devidamente publicada. Igualmente a FEUERBACH se devem as sintéticas fórmulas latinas com que se costuma exprimir o princípio da legalidade: *nulla pœna sine lege, nullum crimen sine lege*. Em apressado reparo à “Exposição de Motivos” com que o ministro FRANCISCO CAMPOS fez acompanhar o projeto definitivo do nosso Código vigente, JIMÉNEZ DE ASÚA (loc. cit., págs. 174-175) focaliza o tópico sobre o princípio da anterioridade da lei penal e assim disserta: “. . . conforme a critério alemán se atribuye la fórmula a FEUERBACH, cuando es harto sabido que la Revolución Francesa la tomó de ROUSSEAU. Al citarla FRANCISCO CAMPOS incurre en otro error, el de creer que FEUERBACH enunció expresamente el principio nullum crimen sine lege, cuando en verdad solo parte del apotegma nulla pœna sine lege, derivando aquél de éste, como era lógico, ya que el famoso bavaro no lo concebía como principio político, sino científico, derivado de la coacción psíquica en que fundó el derecho depenar”. Improcede a crítica, que, esta sim, incide em equívocos. O ministro CAMPOS não atribuiu a FEUERBACH o princípio da legalidade (nem os autores alemães jamais o fizeram), mas, apenas, com todo acerto, sua expressão em fórmula latina.¹¹ O

¹¹ Não divergem os autores a tal respeito, dentro ou fora da Alemanha. Podia-se encher toda uma página com citações; mas basta que se mencionem os mais recentes tratados que nos vêm da própria pátria de ASÚA. Assim, o *Derecho Penal*, de PUIG PEÑA, (vol. I, pág. 70): “Al frente del campo reservado al Derecho punitivo se halla establecido, con carácter de axioma, el famoso principio del monopolio de la ley, que FEUERBACH formuló diciendo “nullum crimen, nulla pœna sine lege”; bem como o *Derecho Penal*, de CUELLO CALÓN (vol. I, pág. 171): “. . . nullum crimen, nulla pœna sine lege. Esta máxima, pese a su vestimenta latina, no proviene del derecho romano, ha sido inspirada por FEUERBACH”. Não será demais que, entre os autores italianos, seja invocado o excelente

nullum crimen, nulla pœna sine lege é, sem dúvida alguma, uma aglutinação de três fórmulas originárias do grande penalista ademão: *nulla pœna sine lege, nulla pœna sine crimine, nullum crimen sine pœna legali*. Para melhor esclarecimento, não há como transcrever-se o relativo trecho do *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (ed. 14.^a, 1847, pág. 41) de FEUERBACH: "... Hieraus fließen folgende, keiner Ausnahme unterworfenen untergeordneten Grundsätze: I — Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (*nulla pœna sine lege*). Denn lediglich die Androhung des Übels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe. II — Die Zufügung ein Strafe ist bedingt durch das Dasein der bedrohten Handlung (*nulla pœna sine crimine*). Denn durch das Gesetz ist die gedrohte Strafe an die Tat als rechtliche notwendige Voraussetzung geknüpft. III — Die gesetzlich bedrohte Tat (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe (*nullum crimen sine pœna legali*). Denn durch das Gesetz wird an die bestimmte Rechtsverletzung das Uebel als eine notwendige rechtliche Folge geknüpft". Ou em vernáculo: "... Decorrem daí os seguintes irrestritos princípios fundamentais: I — Toda aplicação de uma pena pressupõe uma lei penal (*nulla pœna sine lege*), pois somente a ameaça do mal pela lei cria o conteúdo e a possibilidade jurídica de uma pena. III — A aplicação de uma pena é condicionada pela existência do fato ameaçado (*nulla pœna sine crimine*), pois, na lei, a pena cominada é ligada ao fato como a pressuposto juridicamente necessário. III — O fato legalmente ameaçado (pressuposto legal) é condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine pœna legali*), pois o mal, como consequência juridicamente necessária, é ligado

DELITALA (*Criteri direttivi del nuovo Codice Penale, in Riv. ital. di diritto penale*, 1935, pág. 535), no seguinte trecho: "Il latinetto del ditferio — *nullum crimen, nulla pœna sine prævia lege pœnali* — non deve trarre in inganno: è latino moderno, di marca teutonica, poichè è ANSELMO FEUERBACH che ha, per primo, rivestito il principio con la toga romana".

“pela lei a uma *determinada violação do direito*”. Como já vimos, a Revolução Francesa, para recepção do princípio da legalidade entre os “direitos do homem”, não se inspirou diretamente em ROUSSEAU, mas no exemplo, então palpitante, das constituições norte-americanas, embora estas, por sua vez, tivessem recebido influência da filosofia do “contrato social”. Por último, dizer-se que, em FEUERBACH, o princípio da legalidade se alheia à sua origem política, é um puro equívoco. A teoria da *coação psicológica* não é senão um fundamento jurídico-penal ao princípio da legalidade, que FEUERBACH, integrado no individualismo político da época, também reclamava como salvaguarda da liberdade individual. Fundado na doutrina da separação dos poderes, de MONTESQUIEU, dizia ele que “so-mente o legislador podia tornar punível *in concreto* uma “ação antijurídica”, de modo que “se um fato não foi por “ele ameaçado com pena... não pode juiz algum puni-lo” (“*Nur der Gesetzgeber kann eine rechtswidrige Handlung in concreto zu einer strafbaren machen. Hat er eine Tat ... nicht mit Strafe bedroht, so kann sie auch kein Richter bestrafen*”).

No Brasil independente, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* tem sido, tradicionalmente, um princípio constitucional e uma norma de direito penal. A Constituição do Império (1824), inspirada no individualismo político da Revolução Francesa, já preceituava (art. 179, n.º II) que “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”. Com ligeiras alterações de redação, foi este dispositivo reproduzido pelas Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946.

O Código Criminal de 1830¹³ declarava, no art. 1.º, que “não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste Có-

¹³ O Código de 1830 constituiu a etapa inicial do direito penal brasileiro (pois, antes dele, mesmo após a Independência, em 1822, vigorava no Brasil o *liber terribilis* das Ordenações Filipinas, tomadas de empréstimo a Portugal). Foi, aliás, o primeiro Código autónomo da América Latina. Embora sem originalidade alguma (a não ser a de, inspirado na lição de BENTHAM, considerar o *pactum*

digo) sem uma lei anterior, que o qualifique”, e, no art. 33, que “nenhum crime será punido com penas, que não estejam “estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos, daquelas “que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso em que aos juizes se “permitir arbítrio”. O Código de 1890 assim se exprimia, no art. 1.º: “Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas “que não estejam previamente estabelecidas. A interpreta-

sceleris como agravante genérica), não era decalque ou imitação servil de Códigos europeus. Filiava-se à corrente de idéias do *iluminismo*. É inegável que, dentro de sua época, foi obra notável de legislação, devendo notar-se que, como assinala o ilustre penalista LADISLAU THOT, exerceu influência sobre quase toda a legislação penal latino-americana, através dos Códigos espanhóis de 1848, 1850 e 1870, que, em muitos pontos, se inspiraram no padrão brasileiro e, por sua vez, serviram de modelo, em torna-viagem, aos Códigos dos países de língua espanhola da América. Não se deve, porém, por mero espírito de patriotismo, exagerar o mérito do nosso primeiro Código. As *novidades* que lhe são atribuídas não passavam de autênticas *velharias*. Assim, a *imprescritibilidade das penas* (que o Código bávaro de 1813 anacronicamente consagrava, em contraste com o Código de Instrução Criminal francês de 1810), a reparação do dano *ex delicto* no próprio juízo criminal (critério residual da *compositio*) e a teoria objetiva da cumplicidade (que, não se sabe por que estranho raciocínio, se entende que, no Código monárquico, foi uma antecipação à *teoria positiva* sobre a participação no crime). Outro equívoco, e este contra a verdade histórica, em torno do Código de 1830, é dizer-se que ele resultou da conjugação entre os projetos de JOSÉ CLEMENTE PEREIRA e de BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS. A leitura dos *Anais do Parlamento Brasileiro* (1827-1830) evidencia que o projeto de CLEMENTE PEREIRA não foi, sequer, objeto de discussão em plenário, tendo sido, por sugestão da Comissão parlamentar, inteiramente relegado. E é ainda de salientar-se que CLEMENTE PEREIRA se alheou por completo aos debates. O que ocorreu foi o seguinte, na conformidade do que consta nos aludidos *Anais*: O projeto de Código Criminal de BERNARDO DE VASCONCELOS foi apresentado à Câmara dos Deputados na sessão de 4 de maio de 1827. Na sessão do dia seguinte, CLEMENTE PEREIRA, SOUSA FRANÇA e o próprio VASCONCELOS sugeriram a nomeação de uma Comissão especial para apresentar seu parecer. Na sessão de 15 de maio, CLEMENTE PEREIRA

“ção extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas”.

O princípio da legalidade e conseqüentemente proibição da analogia, em matéria penal, tem sido ultimamente, no campo doutrinário, objeto de larga controvérsia, provocada por penalistas de tendências políticas antiindividualistas; mas a opinião prevalente continua sendo pela sua conservação. Neste sentido, aliás, se pronunciaram os Congressos da Associação Internacional de Direito Penal, realizados em Paris,

apresentou um projeto de “bases” para ulterior confecção do seu próprio projeto de Código Criminal e, na sessão do dia 16, dizia ele sobre tal esquema: “Eram minhas vistas que, tomando a Câmara em consideração o exame destas bases, assentasse se elas deviam passar como estavam, ou as emendasse, a fim de que, conhecendo por este meio quais eram os princípios da Câmara a este respeito, pudesse trabalhar no projeto do mesmo Código Criminal com mais acerto. Foi este meu projeto de bases remetido à Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal. A Comissão interpôs o seu parecer já quase no fim da sessão, dizendo que achava as bases fundadas em justiça e nos verdadeiros princípios, e que poderiam servir para qualquer projeto, ou o autor mesmo das bases dirigir a marcha de um projeto de Código Criminal, mas que não deviam adotar-se a fim de deixar livre a qualquer o fazer um projeto por outras máximas e forma. Bem conheci o perigo que havia de entrar em grandes trabalhos sem ter bases que me certificassem o medo de pensar da Câmara; todavia pus mãos ao trabalho, e tenho a honra de apresentar hoje a esta Câmara a primeira parte do projeto criminal, isto é, o livro 1.º, que trata dos crimes e penas, e não ultimei o trabalho do processo, que deve fazer objeto do livro 2.º do Código Criminal, por alguns embaraços e dificuldades sobre a marcha que deve ter o mesmo processo, que se me ofereceram, e para explanar as quais pretendo consultar primeiro a vontade da Câmara”. Vê-se, assim, que CLEMENTE PEREIRA, ao verificar que suas “bases” não eram desaprovadas, cuidou logo de apresentar a parte que já tinha pronta do seu projeto. O presidente da Câmara, depois de ponderar que a mesma dispensa de duas leituras concedida ao Projeto VASCONCELOS devia ser outorgada ao Projeto CLEMENTE PEREIRA, mandou-o à Comissão especial já nomeada para o fim do exame ou revisão do Projeto VASCONCELOS. O parecer da Comissão que era composta dos deputados JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA MALA, CÂNDIDO JOSÉ DE ARAÚJO VIANA, MANUEL CAETANO DE ALMEIDA E

em 1937, e Internacional de Direito Comparado, reunido em Haia, no mesmo ano. O primeiro desses Congressos emitiu um voto no sentido de que “o princípio da legalidade dos delitos e das penas, garantia necessária do direito individual, tem como conseqüência a exclusão do método analógico na interpretação das leis”, embora também exprimisse o desejo de que as disposições da lei penal que definam as infrações sejam redigidas em termos bastante genéricos para facilitar a adaptação da jurisprudência às necessidades so-

ALBUQUERQUE e JOÃO CÂNDIDO DE DEUS e SILVA, foi oferecido na sessão de 14 de agosto, em que se dizia: “A Comissão encarregada de examinar os dois projetos de Código Criminal, apresentados a esta Casa pelos ilustres deputados CLEMENTE PEREIRA e VASCONCELOS, deu-se com escrúpulo ao penoso trabalho de meditada leitura, e avaliação de cada um deles, comparou o método por um e outro adotado na classificação dos delitos e distribuição das penas, e confrontou muito atentamente as disposições contidas nos seus artigos com os princípios da jurisprudência que mais se amoldam às atuais circunstâncias físicas, morais e políticas do Império; mas ela não pode lisonjear-se de haver colhido de suas combinadas fadigas mais terminante resultado que a perfeita convicção da superior dificuldade de uma tal empresa, muitas vezes tentada, e porventura ainda não felizmente conseguida”. Depois de declarar que os dois projetos, “posto que dignos de muita consideração, são ainda precisados de algumas mais ou menos essenciais alterações, que reduzam à harmonia perfeita as partes com o todo, e este com as supramencionadas circunstâncias” (isto é, “as circunstâncias físicas, morais e políticas do Império”), prosseguia o parecer: “Apenas se apresentara à Comissão a idéia de organizar dos dois um só projeto, coligindo o que de melhor escolha se acha espalhado em ambos, ou ao menos mais bem ordenada base, pelo método que seguiu o Sr. CLEMENTE PEREIRA, que supre na clareza e ordem a falta de novidade que oferece o do Sr. VASCONCELOS, quando lhe desvaneceu a séria contemplação das dificuldades que se lhe pu- seram diante, dificuldades insuperáveis, por sua natureza, e mais insuperáveis pela estreiteza do tempo, pela concorrência dos outros trabalhos, e pelo pouco que os membros da Comissão presumem de suas faculdades. É, pois, a Comissão de parecer: 1.º, que, liberalizando a Câmara iguais louvores aos ilustres deputados, Srs. CLEMENTE PEREIRA e VASCONCELOS, receba com especial agrado ambos os projetos e ordene que ambos se imprimam, tanto para que todos

“ciais” (veja-se *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1937). Também o 1.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, celebrado em Buenos Aires, em 1938, aprovou as seguintes declarações (*Actas, Deliberaciones, Trabajos*, tomo 1.º, pág. 391): “a) que o princípio da estrita legalidade dos delitos e das sanções deve manter-se no direito positivo como garantia das liberdades individuais, consagrada em todos os regimes democráticos da América; b) que a analogia, como fonte criadora de delitos e de sanções, deve ser proscrita,

“os Srs. deputados possam melhor formar o seu juízo sobre o merecimento deles, como para se dar lugar às observações dos juriconsultos e sábios da Nação, com que se facilitarão os debates; 2.º, que para entrar na regular discussão conforme a ordem dos trabalhos, se prefira o do Sr. VASCONCELOS, por ser aquele que, por mais amplo no desenvolvimento das máximas jurídicas, razoáveis, e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorre para a bem regulada distribuição delas, poderá mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que a Comissão já lhe deu, de acordo com o seu ilustre autor”. A primeira parte das conclusões do parecer foi logo aprovada. Na sessão de 10 de maio de 1828, foi enviado um ofício ao Senado, convidando-o a nomear outra Comissão especial de igual número, que, unida à da Câmara, examinasse maduramente o projeto e apresentasse as emendas que julgasse convenientes. Organizada a Comissão mista, formulou ela o seguinte parecer, subscrito por NICOLAU PEREIRA DE CAMPOS VERGUEIRO, J. A. DA SILVA MAIA, M. C. DE ALMEIDA E ALBUQUERQUE, JOSÉ DA COSTA CARVALHO e J. C. DE DEUS E SILVA: “Divide-se o projeto (o de VASCONCELOS, que fora o preferido) em quatro partes: trata a primeira dos crimes e das penas em geral; nela se qualificam as ações criminosas, e se dão regras para a satisfação do dano; definem-se as penas adotadas e estabelecem-se as regras gerais para sua aplicação e execução. Pode-se dizer que esta primeira parte contém a teoria do sistema que nas outras se desenvolve em um quadro classificado de todos os crimes. A segunda trata dos crimes contra os interesses gerais da Nação. A terceira, dos crimes contra os interesses dos indivíduos. E a quarta compreende os crimes policiais sobre que a autoridade pública deve cuidadosamente velar para prevenir males maiores”. Depois de considerações sobre a “pena de morte”, que, apesar do seu horror, devia ser mantida (sempre submetida ao Poder Mode-

“ não só por contrariar o princípio de legalidade, como também por fundamentais razões de técnica jurídica”. No próprio regime fascista, estruturalmente totalitário, foi mantido o princípio da legalidade, por isso mesmo que não chegou a transformar a justiça em função política (como na Rússia soviética e na Alemanha nazista). Com toda justeza, discorre PIETRO MIRTO (loc. cit., pág. 237): “... onde a administração da justiça se move na órbita de um rígido jurisdiccionismo, e como absoluta função jurídica, isto é, como atuação de

rador), continuava: “A Comissão não recomenda como obra perfeita o projeto oferecido, nem tanto é dado a homens, mas, comparando-o com a legislação atual, não receia afirmar a utilidade, e mesmo a necessidade de ser adotado. Nós não temos Código Criminal, não merecendo este nome o acervo de leis desconexas, ditadas em tempos remotos, sem o conhecimento dos verdadeiros princípios e influídas pela superstição e por grosseiros prejuízos, igualando às de Draco em barbaridade e excedendo-as na classificação absurda dos crimes, irrogando penas a fatos que a razão nega a existência, e a outros que estão fora dos limites do poder social. Elas têm também o vício de distinguir as pessoas dos delinquentes e de estender as penas aos inocentes. Ao contrário, o projeto oferecido é baseado no art. 129, § 2.º, da Constituição do Império: “Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”. Terminava o parecer sugerindo a nomeação de uma Comissão *ad hoc*, composta de três membros, a que se reuniriam os autores das emendas e para a qual poderiam ser convocados os autores das memórias. Foi tal Comissão nomeada, ficando constituída por PINTO DA GAMA, CARNEIRO LEÃO e MUNIZ BARRETO. Nesse meio tempo, haviam sido distribuídos exemplares do Código Penal da Luisiana (compilado por LEVINGSTON), previamente traduzido para o vernáculo; mas não há traço de sua influência no curso da discussão ou no seio das comissões. A discussão do projeto teve início na sessão extraordinária de 10 de setembro de 1830. Contra a proposta de PAULA E ARAÚJO, foi aceita a de ERNESTO FRANÇA sobre a discussão por artigos. CAMPOS MAIA apresentou emendas ao art. 4.º, relativo à co-autoria e cumplicidade. Foi nomeada uma Comissão para opinar sobre as emendas absolutamente necessárias ou indispensáveis (LIMPO DE ABREU, PAULA E SOUSA e LUÍS CAVALCANTI). O deputado XAVIER DE CARVALHO propôs, sem êxito, que se aprovasse o projeto por aclamação. A Comissão não alterou o método com que estava organizado o projeto, limitando-se a escolher as emendas mais prementes e a formular

“normas objetivas de direito, o princípio da analogia não
“pode ter ingresso, porque o princípio *nullum crimen* ou
“*nulla pœna sine lege* se impõe como uma exigência mesma
“de técnica legislativa: aqui, estamos à margem de qual-
“quer postulado político liberalístico, pois que não precisa-
“mos sair dos próprios termos da exigência de técnica legis-
“lativa, de que resulta, com um complexo sistema norma-
“tivo, miudamente circunstanciado e especificado, um regi-
“me de limites, dentro do qual se determina o que é vedado

outras que entendeu convenientes; a modificar parcialmente o sistema das penas, para melhor proporção; a conservar a pena de morte (já excluída para os crimes políticos, por proposta de Rêgo BARROS) somente para o homicídio com certas agravantes, para o latrocínio e para a insurreição de escravos (como *grau máximo*); a suprimir alguns delitos e mudar a classificação de outros. Com tais emendas (a que foi estranho o projeto de CLEMENTE PEREIRA), foi o projeto aprovado na sessão da Câmara de 23 de outubro de 1830, e, em seguida, enviado ao Senado, que o adotou inteiramente. E a 16 de dezembro do mesmo ano foi o decreto do Código Criminal sancionado pelo Imperador D. PEDRO I e referendado pelo VISCONDE DE ALCÂNTARA, então ministro da Justiça.

Para uma resumida notícia histórica de nossa legislação penal (até o Código de 1890), veja-se VICENTE PIRAGIBE, *Legislação Penal Brasileira e Estrangeira*, vol. 2.º, 1932.

Em conferência realizada na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1943, assim dissertamos sobre a “evolução do direito penal brasileiro nos últimos 25 anos”:

“O direito penal brasileiro passou, nestes últimos 25 anos, por uma notável fase de reconstrução e florescimento. Numa visão retrospectiva, pode ser identificado o ponto de partida dessa transformação evolutiva: assinala-o, indubitavelmente, a reforma na distribuição da justiça penal, caracterizada pela crescente restrição da competência legal *ratione materie* do Tribunal do Júri e consecutiva ampliação da órbita funcional da magistratura togada, resultando daí a necessidade de uma séria revisão de cultura jurídica nos domínios do foro criminal. O direito penal *emocional* e *romântico*, afeiçoado ao objetivo de êxitos tribunícios e ao encantamento de ouvidos incautos, foi sendo substituído pelo direito penal conscienciosamente investigado e aplicado como um sistema orgânico de princípios, como um ramo da ciência jurídica. Até então, o estudo das questões penais que quase que somente seduzia os *oradores do*

“ou imposto, e fora do qual, conseqüentemente, se reconhece “uma esfera de atividade deixada livre ao indivíduo ou a “coberto de intervenção do Estado”.

Maculando a legislação penal brasileira, o Dec.-lei número 4.166, de 11 de março de 1942 (sobre indenização de danos de guerra), depois de incriminar genericamente “a “ação ou omissão, dolosa ou culposa, de que resultar diminuição do patrimônio de súdito alemão, japonês ou italiano, “ou tendente a fraudar os objetivos desta lei”, ainda achou

júri, e processava-se ao sabor ou sob a inspiração de cambiantes interesses ocasionais, para cujo triunfo se torcia e retorcia o direito positivo, mal amparado por displicentes despachos de pronúncia e quase reduzido a letra morta pelo soberano arbítrio e *lógica de sentimento* do tribunal popular * O caluniado Código de 90 fora metamorfoseado, pela espetacular e profusa oratória criminal, desorientadora da justiça ministrada pelos juízes de fato, num espantoso ridículamente desacreditado. Foi o período áureo do *passionalismo* sangüinário, que andava à solta, licenciado sob a estapafúrdia rubrica de “privação dos sentidos”. As teorias revolucionárias da chamada “nova escola penal”, difundidas *à la diable*, mal compreendidas ou tendenciosamente utilizadas, eram a moeda que, embora sem autorização legal, mas sob o pretexto de deplorável atraso da nossa lei escrita, livremente circulava no recinto do tribunal de jurados. A literatura psiquiátrica, a lóbrigar o *patologismo* nas mais fugidias discordâncias de conduta, era piamente acreditada e abria a porta da prisão a uma privilegiada chusma de sicários e rapinantes. A nossa bibliografia jurídico-penal era escassa, enfezada e carraçquenha. Apenas arranhava a epiderme da lidima ciência penal, cujo estudo, por isso mesmo, se tornara desinteressante e tedioso. Foi a época dos *anotadores* do antigo Código, a respeito dos quais, molhando a pena em vinagre, escrevia ESMERALDINO BANDEIRA que

* O dec.-lei n.º 167, de 5 de janeiro de 1938, e, posteriormente, o Código de Processo Penal unitário (Dec.-lei n.º 3.689, de novembro de 1941) haviam, em boa hora, limitado a *soberania* do júri, autorizando, em grau de apelação, a reforma *de meritis* de suas decisões, quando não encontrassem “apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário”. Desgraçadamente, um surto de ultraliberalismo *suranné* fez com que, na Constituição de 46 (elaborada *a toque de caixa*, por um Congresso em cujo seio sobravam os *políticos*, mas rareavam os *estadistas* e os *juristas*) se restituisse o júri à sua soberania, e em termos tais que até poderiam parecer (sem o cotejo com outro preceito constitucional, sobre a *plenitude da*

de declarar (§ 3.º do art. 5.º) que “para a caracterização do crime, o juiz poderá recorrer à analogia”. No tratamento dos súditos dos países do Eixo, acolhidos pelo Brasil e colaborando pacífica e eficazmente em nosso progresso, usava-se dos mesmos inescrupulosos processos com que o *totalitarismo* provocava a indignação do mundo civilizado...

LOPEZ-REY (*Que es el delito?*, pág. 66) postula um “meio-termo” entre o direito penal liberal e o totalitário (entre o *principio da legalidade* e a permissão da analogia). Não me-

“não faziam avançar um passo na evolução da ciência jurídica” e estavam para esta como certos indivíduos para a indústria nacional: “Mandam estes últimos vir do estrangeiro um por um dos elementos “de que se compõe determinado produto, inclusive o invólucro: “reúnem e colam esses elementos e, metendo-os no invólucro referido, os expõem à venda como *produto nacional*. *Mutatis, mutandis*, “é o que praticam aqueles anotadores. Apanham aqui e recortam “ali as lições de uns juristas e as decisões de uns tribunais. Reúnem “e colam tudo isso e metem depois num livro, que fazem publicar. “Põem na lombada o seu nome de *autor*, e nesse nome circula e é “citado o livro”. Por outro lado, a tímida jurisprudência não voava mais longe que um curiango. Salvo um ou outro julgado de maior fôlego, limitava-se a obsedante enunciação de algumas regrinhas, de contestável acerto, mas que, à força de se repetirem, haviam adquirido o cunho de verdades axiomáticas. Nas academias, o estudante era doutrinado, de preferência, na desabrida crítica ao direito penal constituído e na inconciliável polémica das “escolas” sobre o que devia ser, mais ou menos utopicamente, o novo direito penal. Nem era de exigir-se diversa orientação de ensino para formar bacharéis destinados a embasbacar juizes leigos. Aos advogados criminais nada mais era preciso que cultivar o *gênero patético* ou o *estilo condoreiro* e imprimir a marca de ciência exata às legislações do

defesa, com todos os *recursos essenciais a ela*) excludentes de qualquer recurso fundado no mérito dos *veredicta*, como a revisão, ainda quando *injustamente condenatórios* e fossem interpostos para o fim de novo julgamento perante o próprio júri.

Em defesa do repúdio à incontrolada soberania do tribunal popular, dissemos alhures: “A justiça exercida pelo Tribunal do Júri deixou de ser, na atualidade, uma questão de caráter político, para ser um problema exclusivo de processualística penal. É um puro anacronismo estar a repetir-se que o júri é uma instituição inseparável do regime democrático-liberal. Nos tempos medievais, foi ele, realmente, um anteparo contra o arbitrio e tirania do *Princeps* ou da *Coroa*, de que os juizes não eram mais que fâmulos. Conforme,

rece apoio: qualquer transação redundará, praticamente, no subjetivismo variável e arbitrário dos juizes. Estes para garantia da liberdade jurídica do individuo têm de continuar a ser os "autômatos da sub-unção", de que fala HENKEL. É preciso desconhecer a lição da experiência (que nós, no Brasil, infelizmente tivemos com o famoso "Tribunal de Segurança Nacional", desligado dos princípios que informam o direito penal liberal), para chamar de espíritos superficiais, como faz LOPEZ-REY, os que defendem a continuidade do prin-

nilismo penal, cuja bandeira vermelha fora desfraldada por CESARE LOMBROSO. Mesmo aqueles que conheciam, de verdade, a autêntica ciência penal abstinham-se, pelo receio de compromissos doutrinários em contraste com o interesse profissional, de fixar em livros didáticos a austera interpretação do direito positivo. Haja vista aquele que foi *principe* entre eles, o insigne EVARISTO DE MORAIS, em cuja extensa bagagem literária não se depara um só estudo de feição estritamente técnico-jurídica. Com o declínio, porém, do Tribunal do Júri, teve de operar-se uma profunda mudança nos arrais da justiça penal. Transferido dos juizes de fato para os juizes de direito o julgamento da maioria dos crimes entrou de despontar, no debate e solução dos casos e questões penais, o que se pode chamar o "pudor jurídico". Elevou-se o nível da cultura jurídico-penal. A eloquência farfalhante da tribuna do júri foi substituída pela dialética ponderada, sóbria e leal na exegese, análise e aplicação dos textos legais. Já a esse tempo, como nitido traço do novo rumo, viera de ser publicada (1921) a "parte geral" do *Direito Penal Brasileiro*, de GALDINO SIQUEIRA. Foi um acontecimento verdadeiramente notável. Tínhamos, afinal, escrita com mão de mestre, uma exposição clara e reconstitutiva do nosso direito penal positivo, interpretado dentro do raciocínio lógico-jurídico, retraçado nas suas fontes e no seu desenvolvimento histórico, coordenado nos seus princípios e corolários,

porém, insuspeitamente pondera WILLOUGHBY (*Principles of judicial administration*, pág. 488), "uma coisa é reconhecer o mérito de uma "instituição política representativa de um progresso sobre as que a "precederam e correspondente às condições que prevaleciam ao "tempo de seus advento e desenvolvimento, e inteiramente outra é "justificar sua persistência depois que essas condições cessaram, "substituídas por outras totalmente diversas". Presentemente, o júri (nas suas linhas tradicionais é uma *velharia* que só pode competir em novidade com as *ordálias* e os *duelos judiciários*. Sob o ponto de vista técnico da distribuição da justiça, já não há em doutrina uma só opinião que se aventure a defender essa antigualha, nos seus mol-

cípio individualista contra a pretensão de inocular “nova seiva” no direito penal.

Na América, as legislações consagram, sem discrepância, o monopólio legal de incriminações e de penas, e na doutrina o princípio é pacífico, salvo *neofilicas* e cautelosas impugnações de um ou outro escritor, como as de SALVAGNO CAMPOS, JOSÉ DUARTE e ROBERTO LIRA, que não tiveram maior repercussão. Negando a existência de “direitos adquiridos” em ma-

exaustivamente comentado à luz da doutrina e jurisprudência modernas. Foi como se tivéssemos subido a um alcantil, descortinando a vastidão da paisagem circundante, divisando sítios nunca dantes percebidos, perscrutando toda a dilatada sucessão dos acidentes geográficos. Através do livro de GALDINO, o Código de 90, que tão injustamente fora chamado “o pior Código Penal do mundo”, aparecia-nos sob aspectos novos, reabilitado de muitas acusações que lhe faziam, explicado nos seus pontos obscuros ou incompreendidos, reintegrado no verdadeiro sentido dos seus dispositivos, cientificamente reajustado ao seu sistema orgânico e habilmente remoçado por uma exegese adaptativa. Ressurgiram, com o excelente tratado, cuja publicação foi rematada em 1924, o estudo e o gosto em torno do direito penal. Viera ele demonstrar que o nosso primeiro Código Penal republicano não era tão atrasado e defeituoso como se assoalhava: os que com ele lidavam, na prática judiciária, é que revelavam, via de regra, um profundo descaso pela cultura jurídico-penal, um quase total alheamento ao complexo estudo do direito penal como disciplina jurídica, resultando daí que, ao invés de uma interpretação orientada no sentido de uma possível correção de equívocos e falhas, o que se fazia era uma crítica intolerante e subversiva, tão do gosto dos que levam pouca munição de ciência nos alforges. GALDINO SIQUEIRA teve o mérito de formular, dentro de linhas pre-

des clássicos. Com os seus juizes improvisados e escolhidos por sorteio, em gritante contraste com a natureza técnica e crítica do direito e processo penais contemporâneos; com os seus *veredicta* sem qualquer motivação e sem uniformidade, dependendo da maior ou menor impressão causada pelos “golpes teatrais” dos advogados de defesa, acarretando a insegurança e o descrédito da justiça penal e afrouxando a política de prevenção do crime pela ameaça da pena; com a sua alarmante parcialidade em favor dos chamados *passionais*; com a sua fácil permeabilidade a interesses e paixões de caráter espúrio, o júri representa uma instituição irremissivelmente falida. Não se compreende, como pondera CHARLES BOSTON (*University of*

téria penal, SALVAGNO CAMPOS propõe a adoção de uma genérica *norma-reversa* sobre o que ele chama o *crime inominado*, que consistiria na violação de alguma regra (ética ou cultural) ou de algum interesse jurídico individual, consagrados, de qualquer modo, pela lei penal, posto que apresentasse caráter eminentemente injusto pela ausência de qualquer direito, legal ou natural (?), que pudesse favorecer o agente. O *crime inominado* seria reprimido no interesse exclusivo do indivíduo, e não em nome da sociedade (cujo desinteresse já es-

cisas, a teoria do direito penal nacional, tornando possível que a ela se ajustasse a prática forense, até então assistemática e dispersiva. Deu-nos um *corpo de doutrina*, que nos ligou ao pensamento jurídico-penal da época e rasgou amplos horizontes aos nossos olhos inexperos. Não era, pois, de admirar que, para os oficiais da justiça penal, o novo livro passasse a ser, daí por diante, missal rezado com escrúpulos de padre noviço... Com o renovado entusiasmo pelos estudos em torno à ciência penal, sucedeu-se um período de reformas no campo legislativo. Coube ao governo BERNARDES, servido pela inteligência e aquilina visão do seu ministro da Justiça, João Luís ALVES, e este, por seu turno, ajudado por um seletto grupo de juristas (ASTOLFO RESENDE, CÂNDIDO MENDES, MAFRA DE LAET e MELO MATOS), a efetivação de medidas do mais alto alcance no terreno prático do nosso direito penal. A *condenação condicional*, como um sucedâneo à pena de curta duração imposta ao criminoso primário; o *livramento condicional*, instituído sob feição judiciária, e a legislação sobre menores delinquentes, plasmada em moldes adequados, foram notáveis realizações dessa atividade reformadora. Há ainda, porém, assinalando a preocupação desse período governamental no sentido da atualização do nosso direito repressivo, um fato de subido relevo: a incumbência dada a VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA para a confecção de um projeto de novo Código Penal. A seguir,

Pennsylvania Law Review, nov. de 1912), que para todas as profissões ou atividades se exija preparo e treino, e somente para a função de juiz se dispense qualquer aprendizagem. Já dizia FAGUET (*Culto da Incompetência*) que chamar leigos para o ofício de julgar é o mesmo que incumbir a um sapateiro o conserto de um relógio. Não passa de tropo literário dizer-se que os jurados, nos seus julgamentos, traduzem o sentimento popular. GABRIEL TARDE já advertia que, sob a influência absorvente dos oradores criminais, os jurados são subtraídos ao sentir do povo "como um pouco de água do mar recolhida num vaso deixa de sentir o movimento das marés". Em todos os países do mundo civilizado, nota-se crescente tendência, senão para

taria evidenciado na própria omissão de dispositivo expresso do Código Penal), de sorte que seria condição de sua punibilidade a *queixa* da parte ofendida. Ora, o ilustre penalista uruguaio parte de uma premissa falsa, qual seja a de que na esfera jurídico-penal não há “direitos adquiridos”. Tal afirmativa só é concebível e defensável num regime estatal do mais ferrenho *autoritarismo*. Que é o tradicional princípio da *anterioridade* da lei penal, bem como o da irretroatividade da *lex gravior “in pœnalibus”*, senão, precisamente, a procla-

no governo WASHINGTON LUIS, foi decretado o Código de Menores, que, consolidando e completando a legislação anterior, sob a inspiração e influxo de MELO MATOS, foi universalmente consagrado como modelar. Embora de aplicação prática até hoje deficiente, pusera-se esse Código na dianteira das legislações congêneres do mundo civilizado, e só agora é que se cogita de sua substituição, porque, ao que se inculca em portaria ministerial, “já não corresponde aos imperativos e realidades do nosso meio social”. Abolida a velha distinção entre capazes e incapazes de *discernimento*, os menores foram colocados, de modo geral, sob jurisdição tutelar e à margem da repressão penal, ficando exclusivamente sujeitos, quando autores de fatos definidos como crimes, a um regime particular de pedagogia corretiva. Dava, assim, o Brasil um belo atestado de compreensão do grave problema da delinqüência infantil e juvenil, procurando solucioná-lo com critérios humanitários e sabiamente preventivos. Em novembro de 1927, foi dada à publicidade a “parte geral” do projeto de Código Penal, de SÁ PEREIRA. Era este um escritor e professor de direito civil, não tendo jamais revelado pendores especiais pela ciência de CARRARA e de VON LISZT; mas sobrava-lhe valor intelectual e possuía a aguda visão panorâmica dos problemas jurídicos e sociais. Era um homem de saber e pensamento. Conheci-o na intimidade e tive a glória de ser seu amigo. Empolgavam-me a

repúdio total, pelo menos para uma fundamental modificação do instituto do júri. A começar pela Inglaterra, de onde ele se irradiou para os outros países. Conforme assinala WILLOUGHBY, o júri inglês foi de tal modo absorvido, no seu funcionamento, pela Corte junto da qual é chamado a servir, que já não passa de uma simples formalidade. No caso de *conviction*, admite-se apelação dela quando *unreasonable* ou contrária às provas a decisão. O *Criminal Appeal Act* de 1907 rompeu, em mais de um ponto, com a soberania dos juizes de fato (devendo notar-se, de passagem, que as sentenças dos *judges of Assize*, conseqüentes aos *verdicta* do júri, estão sujeitas à própria *reformatio in pejus*).

mação de intangível *direito* (ou “situação jurídica definitivamente constituída”, segundo a expressão de ROUBIER) que o Estado, autolimitando-se, reconhece ao individuo criminoso? A tese pressupõe, além disso, a tutelabilidade jurídico-penal de interesses *exclusivamente individuais*, — o que colide com o caráter essencialmente *publicístico* do direito repressivo. A este não importam interesses individuais cuja defesa não coincida imediatamente com a defesa do interesse social. A pena é a *ultima ratio* na garantia do *mínimo ético*,

sua nobre inteligência e a sua prodigiosa cultura. Dava prazer ouvi-lo, no aticismo da sua linguagem, na finura anatômica do seu espírito, na doce filosofia das suas idéias e conceitos. Ensinava a gente a bem-querer a ciência do direito, que, por ele professada, parecia assumir a feição de uma variante da estética. A publicação parcial do seu projeto e a “exposição de motivos”, embora incompleta, com que a fez acompanhar, revelaram, em toda evidência, que SÁ PEREIRA estava à altura da árdua tarefa que lhe fora cometida pelo presidente BERNARDES. Rastreando a doutrina e legislação modernas, soube extrair delas, sem perder de vista o ambiente brasileiro e sem prejuízo de uma prudente originalidade, acertados critérios e justas soluções. JIMÉNEZ DE ASÚA, com sua grande autoridade, assim elogiou o trabalho de SÁ PEREIRA: “*Este nuevo Proyecto, en el que han ejercido influjo los de Suiza, Suecia e Italia, merece juicio francamente laudatorio; sus aciertos son considerables y contados sus errores. La dualidad de pena y medida asegurativa le enrola entre los documentos de tipo político-criminal; pero — al igual que el Código de Perú — la acogida de la sentencia indeterminada en ciertas penas, como la relegación, y, sobretudo, el recibo de la peligrosidad, que colma de sentido antropológico sus mejores preceptos, permiten clasificarle entre los futuros Códigos de más cierta factura*”. TANCREDO GATTI, em artigo publicado na *Scuola*

Nos Estados Unidos, cada vez mais o júri decai do seu âmbito jurisdicional *ratione materiae*, e não é admitido sem o freio da “unanimidade” para validade dos *veredicta*. Seu desprestígio chegou a tal ponto que, como informa GAVIOLA (*O processo pelo júri, in Revista Forense*, n.º 83), se tornou *facultativo*, por várias Constituições estaduais, o julgamento do cidadão por seus “pares” e isto não como uma “renúncia”, mas como um “privilégio”. Na Alemanha, Rússia, Itália e Iugoslávia, já foi o júri substituído pelo *escabinado* misto, que é uma conjugação de juizes togados e juizes leigos. Na França, é quase unânime a impugnação doutrinária da decrepita instituição, e uma lei de 1941 substituiu-a pelo *assessorat*, que é uma forma

em cuja órbita de censura não gravitam *pecadilhos* e *indelicadezas* que só a suscetibilidade egocêntrica de quem os sofre pode exigir que incidam sob a enérgica sanção penal.

3. Analogia e interpretação. O penalismo da “época das luzes”, no seu *odium* ao arbítrio judicial, fora ao extremo de reclamar se vedasse ao juiz a própria *interpretação* das leis. BECCARIA afirmava que “nada mais perigoso do que este “trivial axioma: *é necessário consultar a espírito da lei*”, e

Positiva, reconheceu no Projeto SÁ PEREIRA uma das mais notáveis manifestações da reforma penal contemporânea e, embora criticando o seu *positivismo a metà*, declarava-o “*un’opera organica e di ampie vedute, che merita l’attenzione degli studiosi*”. Em 1928, SÁ PEREIRA completou o seu projeto, depois de revista por ele próprio a parte já publicada; e em 1930 ainda nova edição apareceu, com o remate da magistral “exposição de motivos”. Com uma habilidade que superava a de outras legislações ou tentativas de codificação penal, o projeto adotara a orientação *unitarista* (que veio, afinal, a prevalecer no Código de 40). Eram conciliadas numa síntese orgânica a tradicional “escola jurídica” e a chamada “escola positiva”. Em apoio desse critério transaccional, dizia eu, em 1929, louvando o Projeto SÁ PEREIRA: “Não há negar que os princípios basilares do classicismo são deficientes, pois que, dentro de sua lógica, desarmam a sociedade em face de grande número de delinquentes; mas, por outro lado, se é certo que os princípios da escola positiva são, em tese, mais satisfatórios na solução dos problemas penais, não é menos certo que, sobre importarem o repúdio total de idéias até hoje profundamente radicadas na consciência pública, são ainda vacilantes e incertos na sua aplicação. Conciliar uns e outros, segundo um justo critério prático, é tarefa que se impõe no terreno do direito positivo”. Submetido o projeto ao exame de uma comissão especial

atenuada do *escabinado*. No México, o júri só é mantido para julgamento dos crimes políticos e de opinião. Quando do Congresso Internacional de Palermo, celebrado em 1933, foi formulado o seguinte voto: “*Le Congrès estime: qui dans les pays où l’institution du jury est dans les traditions nationales, celui peut être utilement amendé dans son recrutement et son fonctionnement, suivant l’esprit de chaque législation*”. Não foi outro o critério seguido pelo nosso dec. n.º 167, de 1938, e Código Unitário de Processo Penal. No sentido de coibir-se a ilimitada soberania do júri, já tínhamos o precedente do antigo Código de Processo Penal do Ceará. É verdade que este fora declarado inconstitucional, nesse particular, pelo Supremo Tri-

acrescentava: "Feliz a nação em que as leis não são objeto "de uma ciência!". O Código bávaro de 1813 era *fruto proibido* aos comentadores. Para evitar qualquer ensejo ao *arbitrium judicis*, recorria-se a uma profusa *casuística* da lei. A parte penal do *Allgemein Landrecht*, na Alemanha, continha nada menos de 1.577 artigos! Tamanha desconfiança contra o juiz teve, porém, de ceder ao senso da justa medida e à própria necessidade prática da justiça criminal. O monopólio legal do direito repressivo não podia oferecer ou assegurar

da Câmara dos Deputados, em meados de 1930, foi com brilho, a profundidade e a tolerância característicos de um espírito superior que SÁ PEREIRA dissertou e dialogou no seio da Comissão, de que participavam figuras do porte de CIRILO JÚNIOR, PLÍNIO CASADO, AFRÂNIO PEIXOTO, BENI CARVALHO, BELISÁRIO DE SOUSA, GENARO GUIMARÃES e LINDOLFO PESSOA. Esgrimia com punhos de renda e não se deixou apanhar indefeso um só instante. A soma de conhecimentos e o vigor das razões com que serenamente advogou as soluções do projeto foram surpreendentes. O abalizado civilista revelava-se, igualmente, um emérito penalista. Não pôde, entretanto, a Comissão chegar ao termo de seus trabalhos: sorveu-a o torvelinho da Revolução de 30. Mas o projeto não pereceu. Instituído o governo provisório da segunda República, foi ele mandado rever por uma Subcomissão Legislativa, composta do próprio SÁ PEREIRA, EVARISTO DE MORAIS e MÁRIO BULHÕES PEDREIRA. Ao fim dessa prova, saiu o projeto retocado em vários pontos, mas sem perder as primitivas linhas estruturais, e foi, de novo, entregue à crítica. Seja-me permitido repetir, aqui, um trecho da aprecação por mim feita, em 1934, sobre o projeto revisto: "... segue a corrente político-criminal dominante: é caracteristicamente *unitarista*. Na sua contextura, a condição de *imputabilidade moral* faz causa comum com o critério da *periculosidade*. Ao lado da *pena*, como entidade distinta ou como seu com-

bunal Federal, mas incoerentemente, porque a mesma Corte deixara de atribuir essa eiva à diminuição do *quorum* de jurados, à delimitação de competência do júri e à renovação do julgamento, quando a decisão fosse "manifestamente contrária à prova dos autos". Este último tímido critério (adotado pelo antigo Código de Processo Penal do Distrito Federal, alterado pelo Dec. n.º 20.390, de 1931, que suprime o advérbio "manifestamente"), galvanizado pela atual *lei do júri* (Lei n.º 263, de 23-2-1948), não se justificava, nem se justifica, senão por um resquício de "superstição" em torno do júri. Por que as delongas e despesas de um segundo julgamento, e não permitir-se a reforma *de meritis* da decisão, em grau de apelação? Invoquemos

a mirífica perfeição dos textos da lei, para reduzir a função do juiz a um puro automatismo na aplicação liberal deles. Mesmo os textos aparentemente mais claros não estão isentos da necessidade de explicação, pois o seu verdadeiro alcance pode ficar aquém ou além das letras. *Scire leges non est verba earum, sed vim ac potestatem tenere*. O *interpretatio cessat in claris* é um conceito superficial, que, na realidade da vida jurídica, a cada passo se desacredita. Não foi reservado ao legislador o condão da impecável justeza da ex-

plemento, a *medida de segurança*. É o mesmo sistema misto dos Códigos Penais italiano, peruano e iugoslavo e dos projetos suíço (1895-1918), polaco, (1922), finlandês (1922), norueguês (1922), grego (1924), tcheco-eslovaco (1926), alemão (1927), cubano (1930), francês (1931), e para o qual tende, ainda mais acentuadamente, a legislação argentina, com os projetos de 1924 e 1926 sobre “estado perigoso”. Para o efeito de concretização ou individualização da pena (relativamente indeterminada), o critério informativo do “estado perigoso” antecede a qualquer outro, devendo o juiz ter em conta a personalidade do criminoso, a sua classificação (se *reincidente*, *profissional*, *incorrigível* ou *por indole*) e os motivos impenitentes. O *estado perigoso*, ou, na expressão do projeto, a “periculosidade social” (só apreciável *post delictum* e assentando na “legítima previsão de que o autor de um crime ou contravenção provavelmente os repetirá”), é o fundamento exclusivo das *medidas de segurança*, aplicáveis não somente aos inimputáveis (caso em que o internamento será por tempo indeterminado), como também, de par com a *pena*, aos anômalos psíquicos, ou declarados de imputabilidade restrita (deixado a Código especial o tratamento dos *menores delinquentes*) e aos imputáveis “incorrigíveis, ou profissionais, ou cuja periculosidade estiver em relação com a mendicância, a vagabundagem, a prostituição, ou as influências perniciosas do meio familiar ou social”.

ainda, a respeito, a opinião de WILLOUGHBY: “... as a matter of practical expediency, more harm is done in permitting a retrial of facts, through the delay and added expense thus entailed, than good is accomplished through the occasional correction of an error of judgement on the part of the judge or jury. In this connection it should be noted that the trial judge may himself set aside the verdict of the jury when it is manifestly contrary to the weight of the evidence”. Ora, aí está: não repugna a um dos mais ilustres constitucionallistas da América do Norte (cujos padrões, em matéria de democracia, vivemos a imitar) que a justiça togada corrija o

pressão. As fórmulas da lei apresentam, freqüentemente, defeitos de redação, ambigüidades, obscuridades, contradições (reais ou aparentes), *lapsus calami vel mentis*, equívocos, divergências entre a sua letra e o seu espírito. *Fatta la legge, trovato l'inganno*, — dizem os italianos. Notadamente em matéria penal, onde é raro encontrar-se um *ponto morto*, dado o incessante embate de doutrinas ou a heterogeneidade de aventados critérios de solução, a lei, por mais cuidada na forma e no fundo, dificilmente se exime à diversidade de en-

Na classificação dos criminosos, o que decide é o grau de periculosidade, aferido pelos seguintes diagnósticos: a reincidência, a habitualidade, a incorrigibilidade e a tendência a delinquir. Sente-se o critério da periculosidade em todo o sistema do projeto. Assim é que, segundo o exemplo que vem do celebrado Código Penal norueguês, não distingue ele, sob o ponto de vista ontológico, entre *autores* e *cumplíces* (embora o juiz, no tocante à penalidade *in concreto*, fique adstrito a atender, além da periculosidade de cada co-partícipe, à importância de sua ação objetiva). É equiparada a pena da tentativa à do crime consumado, quando se trate de criminoso reincidente ou por índole. Não é excluída *a priori* a pena no caso de tentativa inadequada, embora possa o juiz atenuá-la, salvo se se tratar de criminoso reincidente ou por índole, devendo então ser aplicada a pena que as circunstâncias aconselham. De modo idêntico é tratado o *excesso* nos casos de exclusão de criminalidade (*ordem legal, obediência hierárquica, oposição a ordens ilegais, legítima defesa, estado de necessidade*). Não é excluída nem atenuada a pena no caso de *embriaguez voluntária*. As circunstâncias agravantes despem-se do seu tradicional caráter preponderantemente objetivo, para fixarem, de preferência, a subjetiva capacidade de delinquir. De seu lado, as circunstâncias atenuantes têm por fundamento quase exclusivo a

verdictum do júri quando “manifestamente” contrário à prova dos autos. Os escrúpulos indígenas são exteriorizados, via de regra, pelos suspetíssimos advogados criminais, que já se haviam habituado a “pescar” as mais incríveis absolvições nas “águas turvas” do júri. Dir-se-á que também veio em defesa da “peça de museu” o juiz ARI FRANCO, ex-presidente do Tribunal do Júri na Capital da República. Vê-se, porém, para logo, que o nobre desembargador somente conhece o júri do Distrito Federal, que é um júri de elite. O Distrito Federal, entretanto, não é o Brasil. Se tivesse, como eu, militado no interior do país, o seu entusiasmo pelo júri teria descido a zero. Porque teria assistido o júri, como instrumento da mais abjeta política, a negar sistematicamente o quesito sobre autoria, não obstante o

tendimento. Nem é preocupação constante, na fatura das leis, a de sua escrupulosa correção. No Brasil, o desleixo do legislador penal orça, às vezes, pelo inverossímil, quando não pelo irrisório. O Código de 90, em vários pontos, conduziria o intérprete a perplexidades ou desconcertantes incertezas, de que só podia libertar-se invocando o *interpretatio illa sumenda quæ absurdum evitetur*. Haja vista a célebre fórmula da dirimente da “privação de sentidos e de inteligência” (art. 27, § 4.º), que tornava necessário supormos

ausência de periculosidade do agente do crime. O “estado perigoso” é a condição da pena de *relegação*, isto é, tal pena só é aplicável, como complemento à de prisão (superior a cinco anos) imposta a criminoso por índole ou reincidente, que haja cometido crime comum. A suspensão condicional da execução da pena não será concedida quando for contra-indicada “pelas circunstâncias e pelos antecedentes pessoais, familiares ou sociais do condenado ou pela categoria criminal em que deva ser classificado”. Há uma inovação interessante, inspirada no reconhecimento geral da pouca periculosidade dos criminosos passionais: guardada a restrição acima, “a execução da pena “de prisão, imposta no mínimo ao criminoso primário, por crime “contra a vida ou integridade corpórea, cometido sob o domínio “de paixão, que as circunstâncias tornem escusável, poderá ser suspensa, por prazo expressamente fixado entre quatro e 12 anos, “para o homicídio ou tentativa de homicídio, e entre três e seis anos, “para a lesão corporal grave”, ficando, assim, aberta exceção a um dos critérios gerais da suspensão da pena, isto é, que o tempo da imposta restrição de liberdade não seja excedente de um ano. Por último, é de notar-se que o criminoso por índole ou reincidente não obterá o livramento condicional senão depois de cumprir dois terços da pena, enquanto que para o criminoso primário basta o cumprimento de metade; e para a prescrição, no tocante aos criminosos por índole, reincidentes, incorrigíveis ou profissionais, não basta o

depoimento de três, de cinco, de oito testemunhas presenciais... O talentoso advogado ROMERO NETO, depondo em causa própria, apesar de sua evidente suspeição, achou de fazer um cotejo entre a justiça dos magistrados e a dos jurados, e, não se sabe porque inexplicável raciocínio, entendeu de repetir os mesmíssimos termos com que se costuma fazer a comparação entre a *escola clássica* e a *escola positiva* penais, chegando à conclusão de que o júri se afeiçoa aos ensinamentos da última. Não é possível que o ilustrado caudilgo ignore o combate intransigente e cerrado que a “escola positiva” ofereceu à instituição do júri. É bem conhecido o libelo de FERRI (So-

penalmente irresponsáveis, ao tempo do crime, o ... estado cadavérico! Por grosseiro erro de redação, o § 2.º do seu artigo 204 incriminava a greve ainda quando colimasse "impor... *diminuição de salário e aumento de serviço*"! Durante os intermitentes eclipses do Parlamento, o regime dos *decretos-leis* (1930-1934 e 1937-1946), elaborados de improviso e a jato contínuo, foi uma verdadeira lástima. No mesmo dia, no mesmo *Diário Oficial*, publicavam-se leis que gritavam de susto por se acharem juntas. Uma lei sobre "loterias clandestinas" (ainda em vigor) comina *prisão celular* (desconhe-

curso do tempo, sendo também necessária a prova de que o prescribente revelou continuidade de bom comportamento.

Como era natural, o Projeto SÁ PEREIRA estimulou e fez recrudescer o estudo do direito penal no Brasil. Suscitou novos temas, provocou debates, abriu novos rumos. E foi por essa época que ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, então ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicou, para glória e orgulho de nossa cultura jurídica, o primeiro volume do seu *Código Penal* (1930). Dir-se-ia que atingiramos o ponto culminante de gradativa ascensão. Pela fiel informação doutrinária, pela riqueza e solidez de ensinamentos, perfeição de técnica, concisão e clareza de estilo, esse livro foi, e continua sendo, a obra máxima do direito penal brasileiro. Atualizou conhecimentos, devassou distâncias, retificou caminhos, fixou certezas diretrizes. Comparou o nosso direito ao de outros países, e nos pôs em contacto direto com a profunda cultura jurídico-penal da Alemanha de antes de Hitler, da qual só tínhamos notícia, quase que exclusivamente, pela antiga versão do tratado de von LISZT por JOSÉ FIGUINO (cujo famoso prefácio, aliás, constitui, ainda hoje, uma das melhores páginas da nossa literatura penal). Só então nos refizemos da incerteza e insatisfação em que, sobre vários problemas, nos deixavam os autores italianos, até ali reputados, no Brasil, mestres inexcedíveis da ciência penal. Só então pudemos verificar, não sem

ciologia Criminal, II, pág. 408): "*Il giuri, anche costituito da persone di capacità individuale presunta, non potrà mai esercitare la funzione giudiziaria in modo soddisfacente, perchè essa è costretta a regolarsi con una forma inferiore di evoluzione intellettuale*". Explicase, porém, a conclusão do advogado ROMERO: está ele, como a mulher de Lot, de "olhos compridos" para o róseo passado dos seus indefectíveis triunfos na tribuna do júri, e não vacila em deslocar o quadro para servir ao seu ponto de vista.

A limitação da soberania do júri, entre nós, visou, principalmente, a coibir as escandalosas absolvições sistemáticas do tribunal popular e, portanto, salvaguardar o indeclinável interesse da defesa

cida em nosso atual regime penal) de 40 a ... 30 dias! Outra lei declarava, na sua rubrica, que se destinava à “consolidação das infrações sobre crimes (?) contra a economia popular”, e, logo no seu art. 1.º, falava em “penas contra a economia popular” (?). A “parte penal” da vigente Lei de Falências (espécime acabado de teratologia legislativa), abstraindo inadvertidamente sua subordinação à regra do parágrafo único do art. 15 do Código Penal, exclui, nos crimes

certo desencanto, que os figurinos italianos, em que tão extaticamente nos inspirávamos, eram, por sua vez, em grande parte, inspirados e talhados nos riscos e moldes da alfataria alemã. A *fonte limpa* estava além dos Alpes, alimentada pela mais penetrante sabedoria e o mais infatigável espírito de construção jurídica. O livro de COSTA E SILVA, cujo segundo tomo só veio a lume em 1938, foi o atestado inequívoco do quanto se elevara o nível da nossa cultura no campo da dogmática jurídico-penal. Realizou, em linhas esculturais, o mais perfeito trabalho de sistematização do nosso direito penal legislado. Alheando-se radicalmente à estéril e anacrônica polémica das “escolas”, cujo borralho fora revolvido, entre nós, por efeito reflexo da celeuma provocada pelo malogrado Projeto FERRI, apresentado ao governo italiano em 1921, COSTA E SILVA afirmava-se mestre insuperável na exposição técnico-jurídica dos princípios do Código de 90 e leis adicionais, no mesmo passo que, através de uma crítica superiormente esclarecida, arroteava as trilhas para um mais seguro e confiante empreendimento da reforma de nossa legislação penal. Em 1932, para gáudio dos lidadores do foro criminal e dos estudantes de direito, surgiu um trabalho de grande mérito: a *Consolidação das Leis Penais*, de VICENTE PIRAGIBE. Como paciência beneditina e habilidade de um mosaísta, PIRAGIBE coligira e entrosou no Código de 90, sem quebrar-lhe a armação, toda a vasta e fragmen-

social contra o crime. Resultou de uma experiência nossa, e não sob inspiração dos regimes políticos totalitários, segundo se assoalha com a mais requintada má-fé. É preciso acabar com esse estribilho de que se trata de uma medida de selo fascista ou nazista. A democracia liberal protege os *direitos do homem* e não os *crimes do homem*. Maldita seria a democracia, se se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinquência. Ademais, há que atentar para os resultados decorrentes da restrição à pretendidamente irresponsável soberania do júri. Foram os mais benéficos possíveis. Em alguns Estados, como o Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo, os crimes contra a vida diminuíram de 40 %. Nesta Capital (Rio de Janeiro), também decresceu a criminalidade violenta, notadamente a

falimentares, a punibilidade a título de culpa *stricto sensu*. A atual Lei de Imprensa fala em “prescrição da ação dos delitos”... E assim por diante. Não se deixou contagiar, porém, pelo desprezo à gramática e à técnica o Código de 40. É verdade que JIMÉNEZ DE ASÚA (ob. cit., pág. 176), referindo-se ao seu sistema de fórmulas da “parte especial” (sistema que remonta ao Código Criminal de 1830), declara que “*sin disputa padece la elegancia y corrección del estilo*”, embora acrescentando: “*aunque se gana en nitidez y se excluyen muchas confusiones*”.

tária legislação penal posterior. Tão útil foi o trabalho, que o Governo não vacilou em oficializá-lo. Em 1934, foi promulgado o vigente decreto sobre os crimes contra a honra por meio da imprensa, resultante do projeto elaborado pelo saber e lúcida inteligência dos conhecidos juristas EDGAR COSTA e GABRIEL BERNARDES. É um documento legislativo que, pela sua insuperável técnica e acerto de seus critérios na solução do delicadíssimo tema, enaltece a nossa civilização jurídica. Foi ele que inaugurou entre nós o *arbitrium regulatum* do juiz na aplicação da pena. A nossa bibliografia jurídico-penal crescia a olhos vistos, não apenas em quantidade, senão também, e principalmente, em qualidade. Mesmo antes de COSTA e SILVA, mas notadamente depois dele, processou-se uma fase de sérios estudos, consubstanciados em livros e monografias. Toda uma plêiade de autores novos, em concorrência com os já consagrados, surgia na liça. Não é possível citá-los todos, mas fixemos alguns nomes que guardo de memória: LEMOS SOBRINHO, OSMÁ LOUREIRO, CARLOS XAVIER, PEDRO VERGARA, LEMOS BRITO, BEATRIZ MINEIRO, MONIZ SODRÉ, RAUL MACHADO, VICENTE DE AZEVEDO, FERNANDO NÉRI, ARMANDO COSTA, ARI FRANCO, ROBERTO LIRA, BASILEU GARCIA, NOÉ AZEVEDO, SOARES DE MELO, CÂNDIDO MOTA FILHO, ATALIBA NOGUEIRA, ALOÍSIO DE CARVALHO, NARCÉLIO DE QUEIRÓS, DEMÓSTENES MADUREIRA DE PINHO, JORGE SEVERIANO, ALVARO SARDINHA, BENI CARVALHO, CORREIA DE ARAÚJO, LAURO NOGUEIRA, MA-

dos *passionais*, embora em menor percentagem, devendo notar-se que, mesmo antes da legislação vigente, o rigor na escolha dos jurados já tornara o júri do Distrito Federal menos incompatível com a sua missão. E depois disso, e apesar disso, há de retroceder-se, então, ao júri antigo, para resguardar a intangibilidade de uma instituição fora de sua época, expondo-se de novo a sociedade ao relaxamento da repressão do crime? Ninguém de ânimo isento terá a coragem de responder afirmativamente”.

Com o advento da nova Constituição, que reentronizou o júri, em virtude da emenda ALOÍSIO DE CARVALHO, aprovada sob palmas de encomenda, mas reveladora da mais completa indiferença pelo bem

É de causar espécie como pôde o ilustre penalista espanhol, naturalmente pouco afeito ao nosso idioma, encontrar desprovido de elegância e correção estilística o Código brasileiro, quando nenhum crítico nacional, por mais metucioso, cuidou ainda de articular semelhante increpação, que é, *sin disputa*, desarrazoada e gratuita; mas, como quer que seja, é categórica a ressalva de ASÚA (esta, sim, autorizada) quanto à nitidez e precisão das fórmulas do nosso Código. Nem por isso, entretanto, se há de supor que este dispense, para um

GALHÃES DRUMOND, PERCIVAL DE OLIVEIRA, SINÉSIO ROCHA, CARDOSO DE MELO, PRUDENTE SIQUEIRA, ELÍAS DE OLIVEIRA, BARRETO CAMPELO, EVANDRO NETO, JOSÉ DUARTE, ANÍBAL BRUNO, OSCAR STEVENSON, JURANDIR AMARANTE, DUNSHEE DE ABRANCHES, ARNALDO DUARTE, BENJAMIM MORAIS... Eu mesmo, nos estreitos limites do meu esforço, contribuí com alguns livrinhos, que mal se distinguiam entre a rica seara dos meus vizinhos de lavoura. Acostumamo-nos a ter idéias e raciocínio próprios. Já não éramos o receptáculo passivo de tudo quanto nos vinha do Velho Mundo. Já não emitíamos fumaça quando a Europa acendia fogo. A este propósito, convém lembrar que, na América Latina, foi o Brasil o primeiro país em que ressoou uma voz, desautorizada, mas convencida, de protesto contra o *direito penal autoritário* da Alemanha nacional-socialista, que já estava aliciando espíritos aquém-Atlântico. Em conferências por mim proferidas em 1936 e 1937, e que tiveram a honra de especial referência de JORGE EDUARDO COLL, ex-ministro da Justiça da Argentina, no discurso com que inaugurou o último Congresso Latino-Americano de Criminologia (celebrado em Santiago do Chile), procurei demonstrar que a denominada "escola de Kiel" não assentava sobre fundamentos sérios, mas apenas servia ao ferrenho antiliberalismo nazista. E hoje que estão contados os dias de Hitler (falava eu em 1943), permitam-me que recorde as palavras de cunho profético com que rematel uma dessas

público, voltamos à carga, em artigo publicado no *O Jornal*, de 18 de setembro de 1946, sob o título "A repressão penal":

"O mundo contemporâneo passa por uma grave crise social e moral, que remonta à primeira Grande Guerra. Fendeu-se a camada de verniz que recobria os instintos egoísticos e violentos, e estes predominam na orientação da conduta humana. As normas de cultura que os séculos haviam sedimentado, vêm sendo extirpadas pelas raízes ou abolidas com a mesma facilidade com que se repudiam hábitos recentes. Desintegra-se, cada vez mais, o espírito de cooperação, de ordem e de paz. A fé religiosa foi banida dos corações. Os escrúpulos e reservas ditados pelo velho Código moral saíram de voga,

só que seja dos seus dispositivos, o complemento elucidativo da interpretação. Não o dispensaria o mais bem elaborado Código do mundo. Como toda norma jurídica, a norma penal não pode prescindir do processo exegético, tendente a explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística, quase nunca devidamente expressos com todas as letras.

Distingue-se a interpretação, quanto aos *órgãos* de que emana, em *autêntica, judicial e doutrinal* (ou *científica*).

conferências: "Não nos enganemos com o que se passa atualmente na pátria de KANT e de GOETHE: é uma transitória crise de evolução cultural, e é o fausto de prepotência de um governo ao serviço de desconcertante mentalidade elaborada no seio de um povo que, depois de empunhar o facho da Civilização, iluminando o mundo, enfartou-se do seu fastígio e da sua glória e, tomado de estranha nostalgia, retorna momentaneamente às sombras crepusculares da Idade Média". E, felizmente, a evolução do direito penal brasileiro não se deslocou dos fulcros de um racional liberalismo. Em pleno curso dessa fase de intenso e propulsivo labor intelectual, ocorreu um fato doloroso: o falecimento de SÁ PEREIRA. Uma grave e infelizmente não reparada injustiça amargurara-lhe os últimos dias da sua preciosa existência. As intrigas e perfídias da sociedade anônima da mediocridade, no ambiente naturalmente confuso dos primeiros tempos da Revolução vitoriosa, haviam sub-repticiamente corroído as raízes ao buriti altaneiro. Pude vê-lo no seu leito de moribundo. A discrasia sangüínea que lhe arroxava o corpo era como o reflexo da mágoa funda que lhe arroxava a alma. O condor dos altos cimos fora sacrificado ao insidioso despeito dos galináceos de quintal, surdamente conjurados. E foi um grande clarão, como o das antigas almenaras, que se apagou para sempre. Com o desaparecimento de SÁ PEREIRA, o seu projeto de Código Penal perdera vigoroso arrimo; mas restavam, iden-

como o fraque e a barba andó, e um exacerbado egoísmo desembestou na *steeple chase* do "cada um para si, custe o que custar". Não há escolha de meios para obtenção do êxito. As sanções religiosas e morais fizeram-se *espantalhos* ridículos. Mais do que nunca, o mundo passou a ser aquinhoado aos audazes, aos brutais, aos impudentes. E como não podia deixar de ser, a criminalidade tornou-se um meio de luta pela vida como outro qualquer. Jamais foi tão verdadeiro o postulado de que a sociedade faz o criminoso. O recrudescimento do crime é um dos mais nítidos sintomas da infecção social de nossos dias, e tanto mais alarmante quanto a delinqüência, que *evoluiu* da grosseira violência para a sutileza inteligente da

Autêntica se diz a interpretação que procede do próprio legislador, sob forma de outra lei e, portanto, com caráter *obrigatório*. Pode ser *contextual*, isto é, quando integrante da própria lei em causa (ex.: o conceito de *funcionário público*, como sujeito ativo ou passivo de crime, explicado pelo art. 327 do Código Penal) ou *posterior*, isto é, quando destinada a dirimir incerteza ou obscuridade de lei anterior.

Judicial é a interpretação que deriva dos órgãos judiciais (juizes e tribunais). Não tem caráter obrigatório senão

tificados com a obra que haviam ajudado a burliar, dois valores autênticos: EVARISTO DE MORAIS e MÁRIO BULHÕES PEDREIRA. No ano seguinte (1935), ADOLFO BERGAMINI apresentava o projeto à Câmara dos Deputados e, em 1936, a Sociedade Brasileira de Criminologia, então sob a presidência do inolvidável MAGARINOS TÔRRES, promovia na Capital da República a 1.ª Conferência Brasileira de Criminologia, destinada especialmente ao exame e crítica do projeto. Foi um conclave de juristas de todo o país e uma reafirmação da crescente altitude dos estudos penais do Brasil. No seio dos congressistas, EVARISTO DE MORAIS e, notadamente, BULHÕES PEDREIRA exerceram papel do mais alto relevo, na defesa do projeto. Espírito de eleição e verdadeiro mago da palavra, servido por uma rara cultura e um extraordinário poder dialético, BULHÕES PEDREIRA foi admirável pela proficiência e brilho com que pleiteou a sua causa, sem, entretanto, assumir uma atitude de sistemática intransigência. Múltiplas foram as emendas e sugestões apresentadas em torno ao projeto, tendo sido o resumo dos debates publicado em número especial da *Revista Penal*, órgão da Sociedade Brasileira de Criminologia. Aprovado na Câmara, sumariamente, já estava o projeto submetido ao exame da Comissão de Justiça do Senado, quando sobreveio o golpe de Estado de 1937. Devemos, aqui, abrir um parêntese, para registrar que o movimento evolutivo do nosso direito penal, neste último quarto de

fraude, voltou a ser, de novo, expressão freqüente de tendências feroces e sangüinárias. Os observadores superficiais costumam falar, a tal propósito, em falência da repressão penal, que deveria ser, segundo eles, radicalmente substituída por um sistema de *reeducação* dos que delinquem, para ajustá-los ao tipo social recomendável. Estão, porém, sonhando acordados. Antes de tudo, temos de reconhecer que a grande percentagem dos *conscritos* do crime é de indivíduos constitucionalmente *desajustados*, mal providos de senso e resistência morais, e ainda está por descobrir-se o processo específico de sua adaptação à ordem ético-jurídica. O que a respeito tem sido sugerido ou preconizado não passa de pura alquimia. Além disso, nenhum

para o caso concreto (posto que sobrevenha *res judicata*), mas serve de diretriz para a solução dos casos similares, tanto mais prestigiosa quanto mais perseverante e pacífica (assumindo, então, o nome de *jurisprudência*).

Doutrinal, finalmente, é a interpretação feita pelos escritores de direito, nos seus comentários à lei escrita. Não é jamais obrigatória, mas dispõe, também ela, de relevante prestígio, notadamente quando se torna *pacífica* ou *comum* (*communis opinio doctorum*).

século, assinalou-se também, de modo altamente lisonjeiro para os nossos foros de cultura, na órbita do penitenciarismo ou execução penal. Sob o apostolado de CÂNDIDO MENDES, EVARISTO DE MORAIS e LEMOS BRITO, e com a boa vontade dos governos federal e estaduais, muito se tem obtido e realizado nesse campo de ação. De um regime quase coetâneo da Colônia, em matéria de prisões, passamos à efetiva aplicação, que se vai generalizando gradativamente, de um sistema penitenciário digno de um povo civilizado. São Paulo, como sempre, foi o primeiro a dar o exemplo prático, edificando e instalando a modelar Penitenciária de Candiru. O exemplo alastrou e frutificou. Numa vista de relance, podemos apontar, na atualidade, em quase todo o Brasil, estabelecimentos penais e institutos anexos que nos honram e orgulham: em São Paulo, além da penitenciária de tipo citadino ou industrial, há a Colônia Agrícola de Taubaté, a Penitenciária de Mulheres, o reformado presídio da Ilha Anchieta, o Manicômio Judiciário de Juqueri e o recente Lar dos Egressos, que é o coroamento de uma política de benemerência na solução do problema da criminalidade; na capital da República, há a nova Penitenciária Central, a Colônia Agrícola Cândido Mendes, a modelar Penitenciária de Mulheres, o Manicômio Judiciário do Distrito Federal, o Sanatório Penal para Tuberculosos; em Minas Gerais, existe a Penitenciária Agrícola de Neves, onde se está fazendo alguma coisa que

Governo, com a noção da realidade dos fatos, se arriscaria a desequilibrar o orçamento do Estado na aventura de derribar os cárceres para construir sobre as ruínas as *escolas* ou *colônias* (ou que melhor nome tenham os sub-rogados das penitenciárias) para problemática reforma de criminosos. E de que valeria o curso em tais escolas e colônias, se os *reeducandos*, de saúde psíquica precária, não iriam encontrar, de futuro, ambiente adequado ou propício à continuidade de sua pretendida *cura social*? Seria qualquer coisa como catequizar chavantes para remetê-los de torna-viagem às selvas. Para que ensinar a não-roubar ou a não-matar, se, após a técnica mirífica das incubadoras de regeneração, o indivíduo, com a sua debilidade moral

Nunca é demais repetir-se que o *usus fori* e a *opinio doctorum*, por maior respeito que mereçam, não devem ser tratados como *tabus* ou exibidos como *roupas de franceses*. O chamado *argumento de autoridade* deve ser expendido *cum grano salis*, e somente para arrimo ao raciocínio na solução de questões seriamente controvertidas. Entre os juizes brasileiros, via de regra, abusa-se das *citações*. *Por dá cá aquela palha*, invocam-se profusamente *autores* e precedentes *julgados*, daquiém e daliém mar, com transcrições em sete lín-

não vem nos livros, mas que representa esplêndida lição de penalogia; em Pernambuco, há a Penitenciária Agrícola de Itamaracá; na Bahia, sobressai o Pavilhão Penal Madureira de Pinho; no Estado do Rio, destaca-se a Penitenciária de Niterói; no Espírito Santo, há a ótima Penitenciária de Vitória; no Rio Grande do Norte, a Colônia Agrícola João Chaves; na Paraíba, o recente Manicômio Judiciário; em Goiás, a Penitenciária Agrícola-Industrial de Goiânia; em Mato Grosso, a Penitenciária Agrícola de Palmeiras; no Rio Grande do Sul, a Colônia Penal Daltro Filho, o Manicômio Judiciário Maurício Cardoso e o Reformatório de Mulheres. Atualmente, ainda no Estado de São Paulo, estão funcionando, com surpreendente êxito, os Institutos Penais de Bauru e São José do Rio Preto, ambos sob regime de *open door*. No ano de 1930, realizou-se, no Rio, a Conferência Penal e Penitenciária Brasileira, em que se evidenciou, uma vez mais, a urgente necessidade de uma remodelação intensiva das práticas penitenciárias no Brasil, o que veio a ser reconhecido pelo presidente VARGAS, sempre atento às boas causas, ao baixar em 1934 o decreto do "selo penitenciário", cuja verba se destina, principalmente, à "instalação, conservação e manutenção dos estabelecimentos penais, colônias penitenciárias, colônias de egressos das prisões, cadastro judiciário e penitenciário, auxílio aos patronatos e aos asilos destinados aos filhos dos condenados, serviços de vigi-lância e proteção dos liberados". A 14.ª Subcomissão Legislativa, nomeada pelo Governo Provisório em 1931 e constituída por CÂNDIDO MENDES, LEMOS BRITO e HEITOR CARRILHO, elaborou um projeto de

foncière, vai ser deixado às mesmas influências perniciosas, aos mesmos estímulos e solicitações de imoralidade e de brutalidade que o levaram anteriormente ao crime? É absurdo pretender a efetiva e permanente regeneração de delinquentes antes que seja alcançada a regeneração da própria sociedade. Somente utopistas impenitentes ou teóricos românticos podem acreditar, atualmente, no ideal de remodelação de criminosos pela simples suação pedagógica ou métodos puramente educacionais. O único recurso eficiente contra a

guas diferentes, e as sentenças fogem inteiramente, por isso mesmo, à austera singeleza de que devem revestir-se. Sentenças não são desafogo de sapiência ou "paradas" de erudição *ad hoc*, deglutida na última vigília. Como adverte CALAMANDREI, no seu *Elogio dos Juizes*, as sentenças judiciais não precisam de ser amostras de rebrilhante cultura de vitrina. O que lhes convém é que, dentro das possibilidades humanas, sejam justas, servindo ao fim prático de implantar a paz entre os homens. Longe de mim afirmar que o juiz não deva

Código Penitenciário, que foi apresentado à Câmara dos Deputados, com os seus 854 artigos, por PEREIRA LIRA. Propunha-se esse projeto, segundo o afirmara a douta Subcomissão, "tornar possível realizar-se no Brasil o que ainda é uma aspiração em outros países e apenas objeto de estudo em postulados de Congressos internacionais". Com o advento dos novos Códigos Penal e Processual-Penal, terá naturalmente o projeto, que não chegou a ser discutido na Câmara, de sofrer numerosas alterações. Isto mesmo, aliás, já foi encarecido pela Conferência Penitenciária Brasileira, de 1940, que indicou para membros de uma Comissão revisora a LEMOS BRITO, ROBERTO LIRA, JOSÉ MARIA ALKMIN, ACÁCIO NOGUEIRA e PEREIRA LIRA, aos quais se veio juntar depois, por iniciativa da Inspeção Geral de Prisões, ANTÔNIO VIEIRA BRAGA, o experimentado colaborador dos dois Códigos acima citados. Para êxito do trabalho revisionista, novos estímulos e novas sugestões já foram dados pela brilhante série de conferências sobre penitenciarismo realizadas em São Paulo no ano passado. E para a continuidade das realizações práticas do movimento renovador, aí estão a fé e o devotamento de LEMOS BRITO, ACÁCIO NOGUEIRA, ALKMIN, FLAMÍNIO FÁVERO, HEITOR CARRILHO e PLAUTO DE AZEVEDO, que constituem, hoje, a "ala dos namorados" da causa penitenciária no Brasil.

Passemos agora a fixar a última etapa da evolução do direito penal brasileiro. Realizou-a a 3.^a República, instituída a 10 de no-

maior expansão desse *pessimum genus* (pelo menos no tocante a certos delinquentes) continua sendo, nas condições sociais vigentes, a inflexibilidade da repressão penal. Só o medo da pena ou a lembrança física de sua inexorável execução podem atenuar a endemia do crime numa sociedade moralmente arruinada. É com inteira justeza que adverte J. F. MESTRE (*Le juge unique en matière pénale*, 1935): "*Dans une société aussi dangereusement constituée, où tant d'individus ne se sentent retenus par aucun sentiment moral, la seule sauvegarde de l'organisation existant encore est la crainte d'une répression sévère. Le relèvement moral du coupable n'est pas à envisager avant que celui de la société n'ait été*

ilustrar-se, consultando a lição doutrinária e pondo-se em dia com a evolução jurídica; mas se ele se deixa seduzir demasiadamente pelo teorismo, vai dar no carrascal das *subtilitates juris* e das abstrações inanes, distanciando-se do solo firme dos fatos, para aplicar, não a autêntica justiça, que é sentimento em face da vida, mas um direito cerebrino e inumano; não o direito como ciência da vida social, mas o direito como ciência da lógica pura, divorciado da realidade humana; não a verdadeira justiça, que é função da alma voltada para

vembro de 37. O presidente VARGAS, por intermédio do seu conspicuo ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS, resolveu, logo no inicio do novo regime, confiar a ALCÂNTARA MACHADO, ex-presidente da Comissão de Justiça do Senado e, na frase de COSTA E SILVA, "um dos mestres mais afamados da *alma mater* de São Paulo", a empresa de formular novo projeto de Código Penal, posto que o de SÁ PEREIRA, mesmo depois de sua última revisão, e não obstante o reconhecido acerto do seu plano geral, fora convincentemente acusado de certas imperfeições na forma e na substância. Em maio de 1938, com surpreendente presteza, ALCÂNTARA MACHADO entregava ao Governo um "Anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro", e, em agosto do mesmo ano, completava o seu trabalho, cuja publicação foi recebida com grande interesse, despertando louvores e restrições da crítica, quer no Brasil, quer no estrangeiro.

DEL Pozzo, illustre professor da Universidade de Turim, assim resumiu sua apreciação acerca da nova tentativa de codificação penal brasileira: "O projeto oferece vantagens inúmeras, como sejam a "regulamentação orgânica do regime da menoridade, a atenuação "do dualismo entre penas e medidas de segurança, a sistemática "rigorosa, a simplicidade de redação, que mostra à primeira vista "não se tratar de um livro de doutrina, e sim de um Código. Não "lhe faltam, porém, defeitos, como a sistematização discutível da

effectué". A pena-segregação, a pena-castigo, a pena-prisão é o indeclinável meio prático para *neutralizar* o criminoso irredutível por outros meios, posto que se não queira ou não se deva, mesmo nos casos mais graves, ir até a pena de morte. Desacreditadas as sanções religiosas e relaxadas as sanções morais, o receio da pena ó, afinal, o irrenunciável meio de "coação psicológica" contra o crime, e a execução da pena é imperioso contragolpe, para afastar da sociedade, ainda que temporariamente, aqueles a quem a esperança de impunidade ou o espirito de rebeldia conduziram à violação da ordem jurídica. O grande erro na debelação ou atenuação da delinquência não é a conservação do sistema penal

o mundo, mas um direito postiço, arrebicado, sabendo a palha seca e cheirando a naftalina de biblioteca. O juiz que, para a demonstração de ser a linha reta o caminho mais curto entre dois pontos, cita desde Euclides até os geômetras da quarta dimensão, acaba perdendo a crença em si mesmo e a coragem de pensar por conta própria. Dele jamais se poderá esperar uma solução cautamente pretoriana, um milímetro de avanço na evolução do direito, o mais insignificante esforço de adaptação das leis. O juiz deve ter alguma coisa de

"teoria do delito e o laconismo e as lacunas da parte relativa à "imputabilidade". JULES SIMON, conselheiro da Corte de Apelação de Bruxelas, não fez restrições: "... o projeto de Código Penal brasileiro é notável sob numerosos e variados aspectos. Representa "mais uma prova brilhante dos progressos imensos realizados pelo "direito penal e ciências criminológicas nos países da América Latina, durante estes últimos 20 anos. Os que pretendem reformar "o direito penal da Bélgica andariam com acerto lendo o trabalho "do Prof. MACHADO". IRURETA GOYENA, o venerando professor uruguaio e preclaro autor do Código Penal de sua pátria, teve igualmente elogios francos: "O projeto do eminente Prof. ALCANTARA MACHADO nos seduziu desde o princípio pela absoluta transparência de "suas fórmulas, por sua insuperável precisão, pela sensatez da "lavra empregada e por sua racional sobriedade. O excesso na "artificalização, o preciosismo acadêmico da linguagem constituem, a meu "ver, defeitos positivos que o autor conseguiu evitar com inexcedível "mestria e particular acerto... Em suma, e à guisa de síntese e "epílogo, cremos não cair no dítirambo, manifestando que o "projeto se apresenta digno da nobre tradição jurídica do Brasil, digno "da hierarquia do seu autor e digno, finalmente, de um estudo "verdadeiro, de um manuseio meditado, de uma crítica de alto voo." No Brasil, COSTA E SILVA, em sucessivos e magistras artigos publicados

tradicional, mas o afrouxamento que a este imprimira um humanitarismo choramingas, cujo exagero resultara na minoração sistemática das penas e na descontrolada outorga de favores aos inimigos da sociedade. A suspensão condicional da pena tornou-se garantia de impunidade de criminosos incipientes. O livramento condicional, prematuramente concedido, fez-se gazua com que se abre a porta da prisão aos piores rapinantes e matadores. Os indultos, obtidos pela desnormalizante influência de políticos profissionais, transformou-se num meio habitual de romper as malhas da Justiça. O famigerado Tribunal do Júri, osso de megatério que persiste em ligar repressão penal e regime democrático, redundou, pela sua in-

pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as “roupas feitas” da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si, para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela.

Da mesma tribo do juiz técnico-apriorístico é o juiz fetichista da jurisprudência. Esse é o juiz burocrata, o juiz de fichário e catálogo, o juiz colecionador de arestos segundo

no *Jornal do Comércio*, do Rio, embora ressaltando a lisonjeira impressão que lhe deixara o Projeto ALCÂNTARA no seu conjunto, fez-lhe uma série de reparos. Também fui dos primeiros a entrar no debate, formulando minhas discordâncias, que não tinham valia, mas eram sinceras. Na minha opinião, tendo corrigido, com felicidade, vários defeitos do Projeto SÁ PEREIRA, o novo projeto apresentava, no entanto, por sua vez, algumas falhas de técnica e certas soluções desatentas aos conselhos da mais recente política criminal. Faltava-lhe, notadamente, a meu ver, certa sensibilidade técnica. Não se rendeu às objeções, porém, o insigne professor paulista, que, com bravura, talento e convicção, defendeu seus pontos de vista; mas as críticas haviam deixado sulco nos melos jurídicos. E o ministro CAMPOS deliberou submeter o projeto a uma revisão.

A Comissão Revisora, oficialmente nomeada, ficara constituída por VIEIRA BRAGA, NARCÉLIO DE QUEIRÓS, ROBERTO LIRA e o orador que vos fala; mas, a convite especial do ministro, de que fui intermediário, consentiu em prestar-lhe seu inestimável concurso o preclaro COSTA E SILVA. As sugestões e observações escritas que este apresentou à Comissão serão reconhecidas, certamente, quando forem dadas à publicidade, como um documento do mais subido valor científico. Pode dizer-se que eu me fiz, no seio da Comissão, um delegado do pensamento de COSTA E SILVA, que, de sua *thebaida* na rua Tomás

competência e frouxidão, em fator indireto de criminalidade. Acrescente-se a tudo isso a deliquescência geral dos costumes, a inferiorização moral do homem formado nos últimos períodos bélicos e interbélicos, e ter-se-á a explicação do recrudescimento da atividade criminosa. A reação, portanto, se impunha, e se impõe, para salvamento da periclitante organização jurídico-social. Os legisladores, por toda parte, compreenderam que não é mais possível contemporizar com a delinquência. No próprio país onde mais ardeu a fé na regeneração dos criminosos pelos métodos brandos — os Estados Unidos —, a repressão penal já não conhece limites na sua feição. O presídio de Alcatraz deixa a perder de vista os calabouços medievais. Os *G-men* de HOOVER fuzilam *gangsters* ao mais fugidío sinal de re-

a ordem alfabética dos assuntos. É o juiz que se põe genuflexo diante dos repertórios jurisprudenciais como se fossem livros sagrados de alguma religião cabalística. Para ele, a jurisprudência é o direito imutável e eterno: segrega-se dentro dela como anacoreta na sua gruta, indiferente às aventuras do mundo. Será inútil tentar demovê-lo dos seus ângulos habituais. Contra a própria evidência do erro, ele antepõe, enfileirados cronologicamente, uma dúzia ou mais de acórdãos, e tranqüilo, sem fisgadas de consciência, repete

Carvalho, em São Paulo, me enviava suas preciosas e quase cotidianas instruções (sobre a contribuição de COSTA E SILVA, veja-se minha conferência "Costa e Silva, penalista", in *Novas questões juridico-penais*). Sem desmerecer o contingente de erudição e experiência de ROBERTO LIRA e NARCÉLIO DE QUEIRÓS, não tenho dúvida em afirmar que o êxito da tarefa revisionista foi devida a três fatores decisivos: a devotada colaboração de COSTA E SILVA, a firmeza de propósito do ministro CAMPOS e o sereno equilíbrio intelectual, o raro espírito de proporção de VIEIRA BRAGA. A dominante preocupação da Comissão Revisora foi imprimir ao Projeto ALCÂNTARA apurada harmonia técnica. Era nosso intuito que ele adquirisse, na sua textura, uma homogeneidade integral, uma indefectível continuidade e coesão, qual a da superfície de água parada, que, à mais leve percussão, toda se ressent. Por outro lado, tivemos de alterá-lo no sentido da maior concisão possível, de modo que não restasse uma só demasia ou superfluidade. Revivemos alguma coisa do Projeto SÁ PEREIRA e respigamos, para o efeito de algumas retificações, nos Códigos Penais suíço, dinamarquês e polonês. Escandimos certos institutos. Ampliamos a noção do dolo. Suprimimos o regime da menoridade, que, pelo critério adotado, exorbitava da lei penal. Eliminou-se a classificação apriorística de criminosos, que, na prática, iria redundar fatalmente em perplexidade ou no mais descontrolado arbítrio. Cor-

sistência. Nas colônias penais, localizadas em regiões remotas, os reclusos são castigados corporalmente, sem dó nem piedade. Mandam-se para a cadeia elétrica ou condenam-se a 60 anos de prisão menores de 18 anos! É que os americanos do Norte, com o seu espírito prático, não podem admitir que o liberalismo democrático se confunda com benignidade ou proteção a criminosos. Não é senão por anacrônico sentimentalismo ou por subalternos interesses de política no mau sentido, que se está encetando no Brasil o retorno à complacência para com a alcateia dos lobos humanos. O restabelecimento da ilimitada soberania do júri é o primeiro indicio dessa deplorável contramarcha, desse triste e lamentável *sebastianismo*. E já se anuncia para breve um indulto de criminosos em massa, para comemorar

o ominoso brocardo: *error communis facit jus*. A força de se impregnar de doutrina e jurisprudência, o juiz despersonaliza-se. Reduz sua função ao humilde papel de esponja, que só restitui a água que absorve. Constrói no seu espírito uma parede de apriorismos e preconceitos jurídicos, que lhe tapam as janelas para a vida. Suas decisões semelham, pela ausência de espontaneidade, às declarações de amor decoradas no *Conselheiro dos Namorados*. Enquadrado o seu pensamento nos esquemas fechados do teorismo científico ou do

tamos cerce o capítulo dos *crimes políticos*, que, na atualidade, são irreduzíveis a um sistema estável e duradouro, confirmando, cada vez mais, o famoso conceito de CARRARA: “Quando a política entra as portas do templo da Justiça, esta foge pela janela, para librar-se ao céu”. Procuramos, num ou noutro ponto, afeiçoar mais convenientemente os critérios à realidade brasileira e seguir mais fielmente as lições da nossa prática judiciária. E foi só, a não ser que se hajam de trazer à balha alterações inteiramente secundárias.* Em belíssima oração, pronunciada sobre ALCÂNTARA MACHADO (a cuja memória rendo a homenagem da minha profunda admiração), CÉSAR SALGADO estranhou que “houvesse um delegado brasileiro, em conferência proferida ante o mundo jurídico de Santiago do Chile, sobre o novo Código Penal, omitido dentre os nomes de seus artífices o de ALCÂNTARA MACHADO”. Como um dos membros da delegação brasileira, já expliquei em carta ao ilustre orador o que realmente houve. Não se fez uma injustiça por amor à injustiça. A argüida omissão (em simples nota fornecida à presidência do 2.º Congresso Latino-americano de Criminologia, para instruir um voto de aplauso ao novo Código brasileiro) foi motivada pelo fundado receio de que ALCÂNTARA

* Veja-se no “Apêndice” nossa conferência sobre “A autoria intelectual do Código Penal de 1940”.

o advento da nova Constituição! Todos os frelos com que a vigente legislação penal, inspirada pela experiência de 50 anos de inocuidade de um Código moldado no liberalismo ortodoxo, procurou servir ao objetivo de diminuir o coeficiente de criminalidade, vão ser destruídos pelo arbitrio inconsciente e irresponsável do tribunal popular, restituído à possibilidade de negação sistemática do quesito sobre a “autoria material”. É verdadeiramente de pasmar que o iniciador desse movimento de volta a ominoso passado tenha sido um professor de direito penal, o senador ALOÍSIO DE CARVALHO. É um nome que precisa de ser guardado para quando se fizer o histórico deste período de confusão, que já fez o cassandrismo de MONTEIRO LOBATO profetizar a próxima ruína do Brasil... Ao que parece, o poli-

casuísimo curial, sua alma se estiola e resseca, impassível aos dramas que vêm epilogar-se nas salas dos tribunais. Não sente o direito, que ele só conhece e declara dentro de fórmulas invariáveis e hirtas. Exerce a função tão fria e impersonalmente como o empregado de aduana ao classificar mercadorias sob as rubricas da tabela tarifária.

Quanto aos meios de que se utiliza, a interpretação se divide em *gramatical* e *lógica* (ou *teleológica*, porque se propõe, principalmente, a pesquisa da razão finalística da lei).

MACHADO, jamais conformado com o trabalho da Comissão Revisora, nem mesmo depois da promulgação do Código (a cuja paternidade timbrou em alhear-se), enjeitasse a homenagem prestada pelo Congresso do Chile, colocando-nos, a nós, representantes brasileiros, em situação de invencível constrangimento perante os demais congressistas. Já disse e repito que é de todo verdadeira a comparação no sentido de que o Projeto ALCÂNTARA está para o Código Penal de 40 como o Projeto CLÓVIS está para o Código Civil. Presentemente, estou coligindo e analisando todos os elementos que retraçam a elaboração do Código vigente: as três publicações feitas por ALCÂNTARA MACHADO, o texto da primitiva edição do projeto revisto, a réplica de ALCÂNTARA, a tréplica da Comissão Revisora e o texto do projeto definitivo. Pelo cotejo desses elementos, se verificará, sem contestação possível, que o *cerne*, o *granito* do projeto definitivo veio do Projeto ALCÂNTARA. Nem há por que disputar glórias em torno do novo Código: antes de tudo e acima de tudo, é ele uma resultante da cultura jurídica brasileira. Não é exclusivamente de alguém ou de um grupo: é do Brasil. O que agora nos cumpre, a todos quantos pugnamos pelo ritmo do direito na vida nacional, é prestigiá-lo, para que fique assegurada a sua plena eficiência finalística... É certo que o Código já foi alvejado com críticas descabidas e injustas, reveladoras, na sua maioria, de um *passadismo* impenitente.

tico balano jurou aos seus deuses que há de realizar o dismantelo do nosso precavido sistema de defesa social. Não se contentou em reentrosar o júri no carro da democracia, misturando direito com política, para que o *passionalismo* indígena tenha livre respiradouro e as questiúnculas de mandonismo local possam ser, de novo, facilmente resolvidas a trabuco pelos *capangas* e *cangaceiros* a soldo dos *coronéis*. Disse ele, em entrevista aos jornais, que o *livre convencimento* em matéria de prova criminal, consagrado pelo atual Código de Processo Penal unitário, é um *princípio nazista*, e vale pela "sã consciência do povo" da bíblia de Hitler. Evidentemente, o professor-político, distanciado dos seus livros, não pôde averiguar que o "livre convencimento" data do direito romano e que, abolido na Idade

A primeira vale-se da letra e sintaxe da norma legal para deduzir o seu sentido. É a mais simples e a menos subjetiva das formas de interpretação. Deve preceder a qualquer outra, pois é de presumir-se, *prima facie*, que o legislador tenha sabido traduzir devidamente seu pensamento. As *verba legis* podem ter acepção *jurídica* ou *extrajurídica*, técnica ou vulgar, conforme se depreender da *voluntas legis* (para o que se terá de recorrer, simultaneamente, à interpretação lógica ou teleológica). Na dúvida, devem ser entendidas segundo

Também é certo que precipitados comentadores e irrefletidos intérpretes, ainda afeitos ao trato com o Código revogado, têm incidido em certos equívocos e lapsos, ensejando confusões e desinteligências. Tudo isso, porém, há de passar: é a poeira provocada pela queda do velho Código. Relembremos, com ufanía, que penalistas e criminólogos de 19 países americanos, reunidos em Santiago do Chile, em 1941, proclamaram que o novo Código Penal brasileiro representa “um notável progresso jurídico, tanto por sua estrutura, quanto por sua técnica e avançadas instituições que contém”. Não se trata de uma obra de carregação. Derivou ele de aturados esforços, de conscienciosos estudos e longas meditações, que se vieram processando desde a fase primitiva do Projeto SÁ PEREIRA. Nenhum dos seus dispositivos resultou de leviana improvisação. Tudo nele foi pesado, contado e medido. Os mais recentes Códigos Penais, as mais modernas doutrinas e teorias, as sugestões de política criminal contemporânea, os mais apurados ensinamentos da técnica jurídico-penal, as múltiplas lições da nossa experiência, todos os dados, em suma, indispensáveis à execução de trabalho de tão alta responsabilidade, foram perquiridos, analisados, balanceados e discutidos, a propósito de cada uma das fórmulas que vieram a ser definitivamente assentadas. Nada foi ali inserto arbitrariamente. Nada foi ali escrito porque já tivesse sido escrito antes, mas porque se entendeu, após

Média, com o processo inquisitório, a que era inerente o regime das *provas legais*, ressurgiu na época moderna, como conseqüência do processo contraditório, que é da mais pura essência democrática. Chega a ser inverossímil que um penalista ignore que foi o demoliberalismo que trouxe para o direito moderno a regra do “livre convencimento”. Tem este tanta afinidade com o critério da “sã consciência do povo”, excogitado pelo autoritarismo estatal para justificar a *analogia penal*, quanto um ovo tem parentesco com um espeto. Inscrito no Código de Processo Criminal da França, de 1808, o princípio do “livre convencimento”, aplicável de início aos jurados, estendeu-se a todos os tribunais de repressão, de modo que, no dizer de GARRAUD, “*en ce qui concerne les questions de culpabilité, les juges professionnels sont*

o uso comum (pois a lei é formulada *erga omnes*) e referidas ao tempo em que a lei foi elaborada (*in dubio sunt referenda ad tempus dispositionis*). É princípio elementar de hermenêutica que, no texto das leis, nenhuma palavra se deve considerar supérflua, a não ser quando sua desnecessidade seja evidente. Sob pena de incorrer em graves equívocos, a análise gramatical não pode abster-se da visão panorâmica da lei: *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere*.

demorada ponderação, que era realmente o que devia ser escrito. Louvemos a atividade bibliográfica que o Código tem suscitado; mas seja-nos lícito advertir, contra o açodamento e a vaidade dos que se julgam encontradiços com a verdade escondida atrás da moita, que o novo diploma legal merece estudos que se não devem alinhar inconsideradamente sobre o joelho. Como toda obra humana, o novo Código terá fatalmente defeitos; mas, ao invés de crítica destrutiva, esforcemo-nos, com a doutrina e com a jurisprudência, por dissimular, numa exegese inteligente e fecunda, os defeitos encontrados. Isto sim, será obra meritória”.

O nosso Código de 40, que já foi traduzido, juntamente com a *Exposição de Motivos* do ministro CAMPOS, para o francês, por NIKO GUNSBURG, para o espanhol, por LAUREANO LANDABURU e FRANCISCO LAPLAZA, bem como por RAMIRO FERNANDEZ PINTADO, e para o alemão pelo Prof. Dr. DIETRICH LANG-HENRICHSEN, deu ensejo a apreciável bibliografia. Dos livros, monografias e opúsculos (deixados à margem os artigos doutrinários, que, dada a sua profusão, não poderíamos mencionar sem incorrer em omissão), de que temos conhecimento, merecem especial citação os seguintes: *Código Penal Brasileiro*, 1 vol., 1941, e *Tratado de Direito Penal*, 4 vols., 1947, de GALDINO SIQUEIRA; *Código Penal Brasileiro*, de BENTO DE FARIA, 1942-1943, 5 vols.; *Código Penal*, de JORGE SEVERIANO, 4 vols., com duas edições, 1941 e 1944; *Co-*

des jurés”. O Código processual austríaco de 1850 já adotara o mesmo princípio, que, ulteriormente, passou ao da Itália (de 1865) e ao da Alemanha (de 1877), transfundindo-se na legislação dos povos civilizados. A única diferença que a tal respeito existe entre juizes de fato e juizes togados, é que estes, ao contrário daqueles, estão adstritos a *motivar* suas decisões. A lei n.º 167 (a que faz tão despropositada referência o senador ALOÍSIO), ao determinar a “livre convicção” dos tribunais togados nas apelações de decisões do júri, não fez mais do que ampliar a órbita de uma regra já existente na disciplina do tribunal de jurados e que só com o posterior advento do Código de Processo unitário se generalizou. Não era admissível

A interpretação lógica ou teleológica consiste na indagação da vontade ou intenção realmente objetivada na lei e para cuja revelação é muitas vezes insuficiente a interpretação gramatical. Pode mesmo dizer-se que, quase sempre, para elucidação do sentido da lei, a interpretação gramatical tem de conjugar-se com a interpretação lógica. Se há contraste entre uma e outra, a última é que deve prevalecer, pois, de outro modo, estaria a forma subvertendo o fundo. Cumpre ter em mira, antes de tudo, o escopo prático, a razão finalis-

mentários ao Código Penal, ed. da *Revista Forense*, projetada em 9 vols., mas de que só foram publicados, até a presente data, além do presente volume, os de ns. II (ROBERTO LIRA), III (NÉLSON HUNGRIA), IV (ALOÍSIO DE CARVALHO), V, VI (NÉLSON HUNGRIA), VIII (NÉLSON HUNGRIA e ROMÃO LACERDA), e IX (MAGALHÃES DRUMOND); *Tratado de Direito Penal*, ed. Jacinto, com 10 vols., da autoria, respectivamente, de OSCAR TENÓRIO, JORGE SEVERIANO, PEDRO VERGARA, HEITOR CARRILHO, JOSÉ DUARTE, ARI FRANCO, CARLOS XAVIER, BENI CARVALHO, FRANCISCO BALDESSARINI e PEREIRA LIRA (1942-1943); *Código Penal*, de COSTA E SILVA, 1943, 1 vol.; *Código Penal Brasileiro*, de RIBEIRO PONTES, 1942, 2 vols.; *O Código Penal*, de RIBEIRO DE SOUSA, 1943, 1 vol.; *Teoria e Prática Penal*, de LEÃO STARLING, 1942, 1 vol.; *O Novo Código Penal*, coletânea de conferências realizadas na Faculdade de Direito de São Paulo por NOÉ AZEVEDO, ALMEIDA JÚNIOR, PACHECO E SILVA, BASILEU GARCIA, FLAMÍNIO FÁVERO, CANUTO MENDES DE ALMEIDA, ATALIBA NOGUEIRA e CESARINO JÚNIOR, 2 vols., 1942; *Anais do I Congresso Nacional do Ministério Público* (realizado em São Paulo, 1942), com dissertações de MÁRCIO MUNHOZ, PAULINO NETO, HAECKEL DE LEMOS, LAERTES MUNHOZ, AMORIM LIMA, NOÉ AZEVEDO, DIRCEU BORGES, ARNALDO ARARIPE, JOÃO AURELIANO, JOSÉ AUGUSTO DE LIMA, ÁLVARO TOLEDO BARROS, FLORÊNCIO DE ABREU, GUEDES DE MIRANDA, MAGALHÃES DRUMOND, PIRES ABRAÃO, RAUL BARBOSA, DANTE DELMANTO, FLAMÍNIO

que, chamado a apreciar *de meritis* as decisões do júri, o tribunal togado continuasse sujeito ao critério rígido das "provas legais". Seria o mesmo que dançar valsa ao som de música para rumba. E escapou ao Sr. ALOÍSIO que, com a atual generalização do "livre convencimento", o disposto na lei n.º 167 tornou-se ocioso, dada a homogeneidade de critério de apreciação de provas pelos juizes de fato e juizes de direito. Não se sabe onde foi ele encontrar a *heterogeneidade* contra a qual se rebela e que entende não poder subsistir. A distinção que existe, e há de sempre existir, é que os tribunais togados não têm o objetivo indefectível e inseparável do júri, de subtrair os culpados ao rigor necessário das medidas repressivas ou de defesa

tica da lei (*ratio legis*), que é alcançada ou reconhecível pela consideração do interesse ou bem jurídico que a lei visa a tutelar (vida, patrimônio, liberdade, fé pública, etc.), perquirindo-se toda a respectiva disciplina jurídica, a fim de que se possa descobrir e entender com exatidão a *voluntas legis*. Não é de confundir-se a *ratio legis* (isto é, o espírito da lei aduzido ao fim que colima) com os motivos ocasionais que militaram na formação da lei (*occasio legis*), isto é, os acontecimentos ou circunstâncias contingentes que tenham inepi-

FÁVERO, CARLOS TEIXEIRA PINTO, SALIGNAC DE SOUSA, EDISON BRANDÃO, ED. AUGUSTO VIANA, MÁRIO J. BATISTA, FERNANDES ABOUDIB, LUÍS DA COSTA GOMES, RAIMUNDO MACEDO, BASILEU GARCIA, ANTÔNIO CÉSAR NETO, UBALDO CAIUBI, M. CAMPOS JÚNIOR, MORAIS LEME, OTO LEHMANN, DRUMOND COSTA, BERTO CONDÉ, VEIGA DE CARVALHO, A. DE QUEIRÓS FILHO, LOPES PALMEIRO, NATAL E SILVA, NOGUEIRA DA SILVA, VALDEMAR CÉSAR DA SILVEIRA, A. A. COVELO, FLÁVIO Q. DE MORAIS, MELO KUJAWSKI, DRAGOMIROFF FRANCO, J. FERREIRA DE OLIVEIRA, HUMBERTO DA NOVA, BITTENCOURT PÔRTO e NÉLSON HUNGRIA; *Anais da 1.^a Conferência dos Desembargadores* (realizada no Rio, de 19 a 29 de julho de 1943), sobre o novo Código Penal, 1 vol.; *Delito de Homicídio* (1.^o vol., sobre o *Dolo no homicídio*), 1945, *Das Circunstâncias Agravantes*, 1948, *Das Penas Principais e sua Aplicação*, 1948, *Das Circunstâncias Atenuantes*, 1948, e *Das Penas Principais*, 1948, de PEDRO VERGARA; *O novo Código Penal e a Medicina Legal*, de LEONÍDIO RIBEIRO, 1 vol., 1942; *A Culpa no Direito Penal* (adaptação ao novo Código), de RAUL MACHADO, I vol., 1943; *Crimes contra os Costumes*, e *Crimes contra o Patrimônio*, de ED. MAGALHÃES NORONHA, 1943 e 1948-1952; *Dos Crimes contra os Costumes*, e *Teoria Normativa da Culpabilidade*, de ODIN BRASIL AMERICANO, 1943 e 1949; *Do Homicídio*, de IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, 1 vol., 1945; *Denúnciação Caluniosa*, de FLÁVIO QUEIRÓS DE MORAIS, 1 vol., 1944; *Delito de Rixa*, *idem*, 1946, 1 vol.; *Delitos de Conta-*

social. É bem verdade que o político nunca fez boa companhia ao jurista, e daí a leveza com que o senador ALOÍSIO se refere à questão do júri. Diz ele que os adversários desta instituição servem à mentalidade, muito comum no Brasil de hoje, de eliminar sumariamente os problemas controvertidos ou de solução difícil. Há um puro engano de sua parte. Os adversários do júri nunca deixaram de arrostar, para reduzi-los a zero, os argumentos em favor do júri, nem de indicar meios práticos de corrigir os seus defeitos, quando não de pleitear sua abolição pura e simples ou sua substituição pelo *júri de técnicos*, segundo a sugestão de STERN. Se há um truismo em matéria penal é que o júri clássico, encastelado na sua soberania e em-

rado, para emanação da lei, a política legislativa. Desde que entra em vigor, a lei existe em si e por si. Destaca-se dos motivos que originariamente guiaram o legislador e pode sobreviver a eles, continuando a servir, em toda a plenitude de sua vontade imanente, ao fim superior de direito que o seu texto consagra.

Imprescindível é, igualmente, o chamado *elemento sistemático*, ou seja, o cotejo do dispositivo a interpretar com outras da mesma lei ou de lei distinta, mas atinente ao mesmo

minação, de BENJAMIM VIEIRA, 1 vol., 1941; *Dos Crimes e Infrações no Direito do Trabalho*, de JORGE SEVERIANO, 1 vol., 1945; *Lesões Corporais no Crime e Civil*, de ASSIS RIBEIRO, 1 vol., 1944; *Comentários à Nova Legislação Penal Brasileira*, do mesmo autor, 1 vol., 1942; *Contribuição ao Estudo do Suicídio*, de NÍLTON SLES, 1943; *A Questão do Crime Formal*, de HÉLIO TORNAGHI, 1 vol., 1944; *A Norma Penal*, de BENJAMIM MORAIS, 1 vol., 1945; *A Tentativa Impossível*, de ÁLVARO SARDINHA, 1 vol., 1941; *Da Exclusão de Crime*, de OSCAR STEVENSON, 1 vol., 1941; *Inovações do Novo Código Penal*, de OLIVEIRA E SILVA, 1 vol., 1942; *Novas Questões Jurídico-Penais*, de NÉLSON HUNGRIA, 1 vol., 1945; *Da Extinção de Punibilidade*, de RAIMUNDO MACEDO, 1 vol., 1948; *Responsabilidade Penal*, de L. M. BANDEIRA DE MELO, 1 vol., 1941; *Do poder de agraciar*, de LEMOS BRITO, 1 vol., 1942; *Peculato*, de DÍDIMO DE MORAIS, 1 vol., 1941; *A Medida da Pena*, de LUÍS MAGALHÃES, 1 vol., 1946; *O novo Código Penal e a Lei das Contravenções*, de NONATO CRUZ, 1942; *Noções de direito criminal*, de ROBERTO LIRA, 2 vols., 1944-1946; *A prerrogativa da graça no direito brasileiro*, de TAVARES DE LIRA (Carlos), 1943; *Da suspensão condicional da pena*, de JOSÉ LUÍS SALES, 1945; *Estatutos Penais*, de CARLOS XAVIER, 1941; *Direito Penal, Sociologia e Psicologia Criminais*, 1947, de CORREIA DE ARAÚJO; *La trajectoire du crime. Etudes sur le nouveau Code Pénal du Brésil*,

pirismo, é irreconciliável com o moderno direito repressivo, a exigir conhecimentos técnicos, científicos e especializados, bem como apurado espírito de crítica. A justiça penal já não pode ser exercida por um variável grupo de leigos, que dela entende como de instrumentos de sopro entendia a *banda do beí de Túnis*. O problema do julgamento e punição dos criminosos não pode ser resolvido com uma instituição originária de épocas já superadas. Compreende-se que entre as fumaças da Revolução Francesa se reclamasse o júri como um baluarte de proteção do povo contra o despotismo dos reis, de que não eram então os juizes senão fâmulos obsequiosos. Compreende-se que a este tempo se gritasse: "*Le jury donne la réalité à la*

objeto ou assunto, e com os próprios princípios gerais de direito (a *ratio legis*, muitas vezes, tem de ser esclarecida pela *ratio juris*), de modo a elucidá-lo em função da harmonia de um sistema particular ou do sistema geral do direito. No elemento sistemático, assumem relevo, embora sem caráter decisivo, as *rubricas* da lei, pois quase sempre informam a respeito da órbita ou latitude dos preceitos que lhes estão subordinados. *Se vis intelligere nigrum, inspice rubrum.*

de NIKO GUNSBURG, 1941; *Da co-autoria no novo direito penal brasileiro*, de SADI DE GUSMÃO, 1944; *A tentativa em face do novo Código Penal*, de TELES BARBOSA, 1947, 1 vol.; *Do infanticídio*, de L. C. VASCONCELOS, 1946, 1 vol.; *Peines et mesures de sûreté en droit brésilien*, de J. B. HERZOG, separata da *Révue de Science Criminelle*, 1948; *Crimes contra a saúde pública. Crimes contra a paz pública*, de FLAMÍNIO FÁVERO, 1950; MACEDO KLAUTON, *A incriminação do abandono da família*, 1954; *Instituições de Direito Penal*, de BASILEU GARCIA, 1951-1952; *O furto e o roubo*, de M. HOEPPNER DUTRA, 1955; *Curso de Direito Penal*, de J. FREDERICO MARQUES, 3 vols., 1954-1956; *Direito Penal* (p. geral, 2 vols.), de ANÍBAL BRUNO, 1956; *Tratado da Responsabilidade Criminal*, de V. CÉSAR DA SILVEIRA, 3 vols., 1955; *Sistema de Direito Penal Brasileiro*, de SALGADO MARTINS, 1957; *Suspensão Condicional da Execução da Pena*, de HUGO AULER, 1957; *Dos crimes contra a fé pública*, de TEODOLINDO CASTIGLIONE, 1956; *Guia do Ensino e do Estudo de Direito Penal e Expressão mais simples do Direito Penal*, de ROBERTO LIRA, 1953 e 1956; *A B C do Direito Penal*, de M. S. VILELA SOUTO, 1957; *A moderação na legítima defesa*, de BRITO ALVES, 1957; *Da prescrição penal*, de RODRIGUES PÓRTO, 1957; *O crime continuado*, de ODIN AMERICANO, 1956.

souveraineté du peuple; le citoyen vote, le citoyen juge". Repetir-se, porém, essa tirada de oratória século e meio depois, com um Poder Judiciário que a própria democracia resguardou contra a interferência do Poder Executivo, e já demonstrado pela experiência que o júri traduz a vontade popular como um espelho convexo repete a imagem ou como um galho seco representa a árvore de que foi destacado, pode ser arenga farfalhante de político, mas não conceito de um jurista, de um estadista ou de um sociólogo. O retorno do júri com a restabelecida faculdade de negar a própria evidência e de fazer de *quadro rotundum* vai apenas servir ao interesse das *panelinhas* políticas do *coronelismo* e da caterva de celerados que matam mulheres indefesas a pretexto de defesa da honra. Os constituintes de 1946 não poderiam ter prestado ao Brasil maior des-serviço".

Ainda outro elemento de utilidade é o *histórico*. A lei não é entidade espontaneamente gerada ou *sine matre creata*. Afora os casos de *patologia* legislativa, todas as leis têm os seus precedentes, as suas etapas de formação, as suas vicissitudes no tempo e no espaço, a sua evolução, o seu gradativo aperfeiçoamento. Sem o conhecimento desse *processus* histórico, o intérprete pode incidir em sérios anacronismos ou equívocos.

Com o elemento histórico têm afinidade os “trabalhos preparatórios” (anteprojetos, projetos, debates parlamentares ou no seio de comissões técnicas incumbidas de projetar a lei) e as “exposições de motivos”, estas com mais prestígio do que aqueles. Principalmente depois da crítica de BINDING ao fetichismo em torno aos “trabalhos preparatórios”, entraram estes em fase de descrédito. Na verdade, se em alguns casos é proveitoso averiguar-se a *intenção do legislador* (ainda que sem identificá-la com a vontade real ou objetiva da lei), em outros casos, entretanto, dada a divergência de pontos de vista e as controvérsias travadas entre os formadores da lei, o que se encontra, através dos trâmites da gestação desta, é a maior confusão e perplexidade. Além disso, há no bojo da lei *possibilidades* que escaparam inteiramente à vontade subjetiva do legislador. *Vontade da lei* não é o mesmo que *vontade do legislador*. Costuma-se dizer, e com acerto, que a lei, às vezes, é mais sábia ou mais previdente que o legislador. Ainda mais: a lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas idéias e conceitos que atuaram na sua gênese. Não se pode recusar, seja qual for a lei, a denominada interpretação *evolutiva* (*progressiva, adaptativa*). A lógica da lei, conforme acentua MAGGIORE, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva. “Se o direito é feito “ para o homem e não o homem para o direito, o espírito que “ vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto “ a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas”. No estado atual da civilização jurídica, ninguém pode negar ao juiz a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade, ou de imprimir ao texto legal a possível elasticidade, a fim de atenuar os contrastes que acaso

surjam entre ele e a cambiante realidade. Já passou o tempo do rigoroso tecnicismo lógico, que abstraía a lei do seu contato com o mundo real e a consciência social. O juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos, de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social, pois já não se procura a *mens legis* no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evluído da sociedade e no sentido jurídico imanente, que se transforma com o avanço da civilização. Não quer isso, porém, dizer que possa fazer *tabula rasa* da lei, julgando, não pelo que esta ordena, mas pelo que, na sua opinião, devia ordenar. Pode o magistrado, segundo adverte ilustre constitucionalista pátrio, interpretar a norma legal com a preocupação de realizar o que os alemães chamam o “direito justo”, mas tal objetivo deve ser alcançado *com a lei*, e não *contra a lei*. *Non sunt judicandæ leges*, isto é, as leis não podem ser privadas de aplicação, sob o pretexto de serem inoportunas ou desacertadas. Não deve ser o juiz um aplicador automático do literalismo da lei, mas um revelador de todo o possível direito que *nela se encerra*, suprindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana. É-lhe vedado, entretanto, *negar* a lei. Notadamente em matéria penal, não pode o juiz meter-se a filósofo reformista, a santo incipiente ou a sociólogo de gabinete, para pretender corrigir a lei segundo a sua cosmovisão, a sua mística ou o seu teorismo. Tem de aplicar o direito positivo, o direito expresso ou latente nas leis, e não o direito idealmente concebido através de especulações abstratas ou lucubrações metafísicas. Pode e deve humanizar a regra genérica da lei em face dos casos concretos de feição especial, ou procurar revelar o que a letra concisa da lei não pôde ou não soube dizer claramente; mas isso dentro da própria latitude do sentido ou escopo dos textos, e nunca ao arrepio deles, ou substituindo-os pelo que arbitrariamente entende que devia ter sido escrito, segundo a sua ideologia pessoal. Costuma-se elogiar o juiz que faz praça de decidir pelo coração, em contraste franco com o preceito legal. Chamam-

lhe *bom juiz*, como ao juiz MAGNAUD. Não percebem, porém, os que assim procedem, que estão exaltando um exemplo de afoito charlatanismo ou uma forma dissimulada de prevaricação, isto é, o abusivo descumprimento da lei e a traição ao cargo pela vaidade de se ver bafejado pela aura popular ou de impor suas mais ou menos insinceras convicções extralegis de política social¹.

Acomode-se a lei, na amplitude do seu texto, ao fim de uma justiça consentânea com os interesses individuais e sociais. Reconheça-se, com CARNELUTTI, que, no sistema rígido, que é o complexo das normas legais, algumas vezes em antinomia com o complexo das relações sociais, que é uma massa em movimento, "*ocorre inserire dei giunti elastici, se non si vuole o che il diritto comprima la società o che la società infranga il diritto*"; mas isso sem o repúdio subversivo da lei. Aplique-se a "justiça do caso concreto", tanto quanto o permita a norma legal ao definir a "justiça do caso abstrato", e isto mais acentuadamente numa época, como a atual, de profunda crise político-social, a exigir uma longa transfusão de equidade no sistema jurídico, para evitar-lhe o desmantelo e ruína.

Mas, fiquem aí os juizes. Não passem daí, pois, do contrário estariam tomando a iniciativa de demolição da ordem jurídica. Deixar ao livre alvedrio ou variável critério dos juizes a aplicação do que estes, fora da lei, entendem por direito, seria fazer da justiça uma incerteza e uma constante ameaça à segurança dos direitos individuais e sociais. A tese do "direito livre" de KANTOROWICZ, segundo a qual o juiz deve substituir-se à lei, é apenas um arrojo de panfletário e não pode ser levada a sério, pois importaria em sobrepor à vontade coletiva, expressa na lei, a vontade arbitrária de um só, expressa na sentença judicial.

Outro elemento ponderável da interpretação lógica é o *direito comparado*. * É sempre útil o confronto entre o

* Veja-se, no *Apêndice*, nossa dissertação sobre "Direito Penal Comparado".

direito nacional e o estrangeiro, quando coincidem na adoção de determinado princípio. Ainda no caso em que um não se tenha inspirado diretamente no outro, interessa evidentemente conhecer como a mesma norma tem sido entendida e aplicada em outros países. O cotejo, porém, deve ser feito com cautela e ponderação, para que se não vejam coincidências onde não existem. Tome-se, para exemplo, o § 3.º do art. 30 do nosso Código Penal, que tem sido interpretado em acareação com o art. 163 do Código Penal italiano. Sem dúvida, foi aquele *sugerido* por este, mas há marcante diferença entre ambos. Enquanto o Código italiano, para especial concessão de *sursis* aos menores de 21 anos e aos maiores de 70, refere essas idades ao *tempo do crime*, o nosso Código relaciona-as ao *tempo da condenação*. O critério do legislador brasileiro, na adoção dessa medida, não se fundou na *menor resistência psíquica* dos menores de 21 e maiores de 70 anos, mas, sim, tão-somente na consideração de que ao menor de 21 anos, primário no crime e não perigoso, deve-se evitar o *ferrete* da prisão, que talvez o degrade irremissivelmente; e ao septuagenário, com um passado sem crimes, e sem índice de periculosidade, deve-se poupar o cumprimento de uma pena da curta duração, que, afinal de contas, redundaria sem finalidade prática. Assim, somente com indistarcável abstração da lei nacional pode o seu intérprete arrimar-se, na espécie, à lei italiana.

Finalmente, pode a interpretação lógica valer-se até mesmo de *elementos extrajurídicos*, desde que a lei os pressuponha ou a eles se reporte (ex.: diretrizes do regime político sob o qual foi criada a lei, vocabulário e conceitos de ciências extrajurídicas em que o legislador se louvou, etc.).

Quanto aos seus *resultados*, a interpretação pode ser *declarativa*, *restritiva* ou *extensiva*.

Declarativa é a interpretação que se obtém quando a ambigüidade ou imprecisão do enunciado legal ou a aparente divergência entre este e o espírito da lei podem ser reduzidas sem necessidade de se dar à fórmula um sentido mais estrito ou mais amplo. Exemplo: o nosso Código Penal, no seu ar-

tigo 141, III, considera *majorante* (ou “condição de maior punibilidade”) de crime contra a honra o ter sido cometido na presença de “várias pessoas”, sem fixar o respectivo mínimo; mas deve entender-se que este é superior a dois, pois sempre que o Código se satisfaz com tal mínimo, para caracterização da *publicidade* de um fato, di-lo expressamente.

Restritiva se diz a interpretação que *restringe* o alcance das palavras da lei, verificando o intérprete que o pensamento desta não permite atribuir àquelas toda a latitude que parecem comportar. As *verba legis* podem ser claras e propriamente empregadas, mas, à luz da interpretação lógica ou teleológica, podem apresentar-se *exuberantes* em relação ao que o legislador efetivamente pretendeu exprimir. Diz-se então que a linguagem da lei peca por excesso (*lex plus scripsit, minus voluit*). Pode afirmar-se que o fundamento da interpretação restritiva é o brocardo *cessante ratione legis, cessat et lex ipsa*. Até certo ponto, exclui o radicalismo da máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (que só deve ser aplicada quando uma distinção omitida não deva considerar-se necessariamente implícita). Exemplo: quando, no seu art. 24, o Código declara que a *emoção*, a *paixão* ou a *embriaguez* (voluntária ou culposa) “não excluem a responsabilidade penal”, tem-se de entender que se refere a esses estados psíquicos quando *não patológicos*, pois, de outro modo, seria irreconciliável o citado art. 24 com o art. 22. Outro exemplo: o § 3.º do art. 30 do Código não deve ser aplicado quando se trata de crime contra os costumes, a que se não tenha seguido, embora na ausência de impedimento legal ou de justo motivo, o casamento do agente com a ofendida; pois, de outro modo, estaria iludida, no caso, a medida de política criminal consubstanciada no art. 108, n.º VIII, do mesmo Código.¹³

¹³ Exemplo frisante de interpretação restritiva foi a dada ao Dec.-lei n.º 5.214, de 21 de janeiro de 1943 (sobre livramento condicional), pela 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão de 23 de janeiro de 1945, de que fui relator: “Não pode o re-

Por último, a interpretação se denomina *extensiva* quando, para fazer as palavras da lei corresponderem ao espírito desta, o intérprete tem de ampliar o sentido ou alcance daquelas. Impõe-se tal interpretação no caso em que *lex minus scripsit, plus voluit*. Em matéria penal, só deve ser admitida nos casos estritamente necessários, isto é, quando os casos não previstos expressamente devem ser a *fortiori* (ou por força de compreensão) abrangidos pelo dispositivo. Assim, o que é proibido *in genere* também o é *in specie*, desde que a lei não faça explicitamente distinções. O que é incriminado quanto ao *minus* também o é quanto ao *majus* (argumento *a minori ad majus*). O que é lícito quanto ao *mais* obviamente o é quanto ao *menos* (argumento *a majori ad minus*). Impedem a *analogia*, mas não a interpretação extensiva, os seguintes aforismos, tantas vezes indevidamente

corrente obter a liberação antecipada, eis que ainda não decorreu o *minimum* de tempo de cumprimento da pena imposta, a que está subordinada, primacialmente, a concessão de tal medida, quer em face da lei vigente ao tempo da prática do crime, quer em face da atual. Não há argumentar com o Dec.-lei n.º 5.214, de 21 de janeiro de 1943. O que este teve por fim esclarecer, aliás ociosamente (tendo-se em vista o pará. único do art. 2.º do Código Penal em vigor), foi que o condenado, por crime cometido no regime da lei penal anterior, a mais de um e menos de três anos, pode obter o livramento condicional, que o Código atual somente concede aos condenados a mais de três anos. É o que está escrito, com todas as letras, na "Exposição de Motivos" (dirigida pelo Sr. ministro da Justiça ao Sr. presidente da República) que acompanhou o projeto de que resultou o citado decreto legislativo: "Depois que o novo Código entrou em vigor... tem "havido grande divergência entre os juizes e os tribunais quanto à "norma aplicável aos casos em que a condenação tiver sido pro-"ferida na vigência da lei anterior. Assim é que alguns entendem "que nesse caso o livramento pode ser concedido quando a pena "privativa de liberdade for *superior a um ano e inferior a três*, apli-"cando-se a legislação anterior ao Código, enquanto outros recusam-"-se a conceder aquele benefício nos mesmos casos sob o funda-"mento de que a nova lei deve ser aplicada a todos os condenados, "qualquer que tenha sido a data do crime ou da condenação... Com "o elevado *intuito de pôr termo a essa situação*, o Conselho Peniten-"ciário do Distrito Federal sugeriu-me fosse baixado um decreto-lei

invocados: “*qui dicit de uno negat de altero*”, “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”; “*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*”; “*inclusio unius exclusio alterius*” (já dizia FARINACTO que “*inclusio unius non est exclusio alterius, quando illud alterum alia ratione potest includi*”). Exemplos de interpretação extensiva: quando o Código incrimina a *bigamia* (artigo 125), está necessariamente implícito que abrange na incriminação a *poligamia*; quando incriminam o *rapto* (art. 219), sem outra distinção que a referente aos *meios executivos*, compreende não só o *rapto per abductionem* (com remoção da vítima de um lugar para outro) como o *rapto per obsidionem* (com arbitrária retenção da vítima em lugar aonde fora por sua livre vontade); quando um fato é incriminado por criar uma *situação de perigo* (v. g.: o fato previsto no art. 130 do Código Penal), também o é, não obstante o silêncio da lei, quando cria uma *situação de dano efetivo* (*crime exaurido*).

“sobre a concessão do livramento condicional... Estando eu de acordo com as razões apontadas pelo Conselho Penitenciário na exposição que me enviou sobre o assunto, tenho a honra de submeter à apreciação de V. Ex.^a o anexo projeto de decreto-lei que, se aprovado, porá termo definitivo às *dúvidas actua suscitadas*” (*Arquivos do Ministério da Justiça*, I, pág. 94). Não é possível que se interprete um texto legal além do fim que o ditou e foi explicitamente declarado como sua *ratio* exclusiva: dirimir a transitória dúvida sobre a aplicabilidade da lei nova ou da lei antiga aos condenados a mais de um e até três anos, por crime anterior à vigência da primeira. Aconteceu que o Dec.-lei n.º 5.214 achou de dar efeito retroativo aos incisos ns. II e III do art. 60 do Código Penal vigente e fê-lo de modo tão lacônico, que, *prima facie*, parece ter dispensado o requisito concernente ao período mínimo de cumprimento parcial da pena. Tal dispensa, porém, não se deu. O pensamento do legislador, como se deduz do cotejo entre o teor do decreto e a “exposição de motivos”, é que, no tocante a esse período mínimo, deve prevalecer a lei anterior, ou a vigente, de acordo com o princípio geral de direito intertemporal em matéria penal. Nem seria compreensível que o Dec.-lei n.º 5.214 entendesse de transformar o livramento condicional em indulgência plenária (pois tanto importaria a dispensa de um mínimo prefixo de cumprimento da pena), e não cuidasse o legislador pátrio de justificar, com duas palavras, tão alarmente *novidade* de política criminal. O livramento

No caso de irreductível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário. Mas, insista-se: quando resulta inútil qualquer processo de interpretação do texto legal. Somente *in re dubia* se justifica ou se impõe a inteligência da lei no sentido mais favorável ao réu, segundo antiga advertência: *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus, justum est quam tutius*.

condicional é uma conciliação entre o princípio da *pena-castigo* e o da *pena-emenda*. Pressupõe um quantum inflexível de execução parcial da pena, para que esta não perca o seu caráter *aflitivo*, *expiatório* ou *retributivo*, indispensável, quando mais não seja, para que a pena redunde em *intimidação* ou *coação psicológica* contra o crime. É o sistema adotado por toda parte. Nos Estados Unidos, é certo, achou-se de transigir, até uma certa medida, com esse critério, mas o desastre consecutivo já foi denunciado por J. E. Hoover, diretor do Federal Bureau of Investigation, no seu livro *O crime nos Estados Unidos: uma das causas preponderantes do tremendo aumento de criminalidade no país dos lanques* — diz ele — foram os indultos e a *prematura liberação condicional*. Salta aos olhos que o elíptico Dec.-lei n.º 5.214 não se abalançou a repelir o critério tradicional inspirado por uma longa experiência entre todos os povos civilizados. O legislador brasileiro, mercê de Deus, ainda não se deixou imbuir do *sentimentalismo* imprudente e subversivo que lastreia a penologia *sob-sister*, de que fala o citado chefe dos famosos *G-men*. Não pode o intérprete valer-se de defeituosa redação da lei para atribuir-lhe um escopo que lhe foi inteiramente alheio, conforme resalta das próprias *razões* que *oficialmente* a informaram. E isto já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão de 2 de agosto de 1944 (*in Rev. de Direito*, vol. CLI, outubro de 1944, pág. 131). O ministro Falcão teve o ensejo de assim dissertar, com todo acerto: “Essa exegese (que atribuiu ao Dec.-lei número 5.214 a dispensa de certo interstício da execução da pena) não “pode ser aceita porque conduziria a admitir a possibilidade de con-

Certa semelhança existe, *prima facie*, entre a interpretação extensiva e a analogia, que, como já vimos, é inadmissível em matéria penal; mas essencialmente se distinguem. Na interpretação extensiva, dá-se a ampliação do sentido das palavras para acomodá-lo à própria vontade da lei; na analogia, o que se amplia é a vontade mesma da lei, para resolver, por mera identidade de razão, um caso não previsto, explicita ou implicitamente, pelo legislador. A analogia, portanto, não é interpretação, mas criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita. Com ela, o juiz faz-se legislador, para suprir as lacunas da lei. É um *processus* integrativo, e não interpretativo da lei. Costuma-se distinguir entre analogia *legal* (*analogia legis*) e analogia *jurídica* (*analogia juris*), conforme seja seu ponto de partida um singular preceito de lei ou os princípios gerais (fundamentais) de direito; mas tal distin-

“ cessão do livramento condicional ao condenado que apenas houvesse
“ ingressado na prisão para o cumprimento da pena, de vez que eli-
“ minaria com isso a exigência de haver o mesmo condenado cumprido
“ uma determinada fração da pena que lhe foi imposta. Tal coisa, que
“ jamais foi objeto de qualquer legislação conhecida, não poderia estar
“ no espírito do legislador brasileiro...” A lei atual, sob mais de um
aspecto, tornou mais gravosa a concessibilidade da liberação condi-
cional, que é, sem dúvida alguma, e acima de qualquer sofisma, ins-
tituto de direito penal material, afetando à duração da pena pri-
vativa de liberdade. Somente quanto ao requisito de certo tempo
de cumprimento da pena, e limitadamente aos criminosos *primários*,
a lei atual é mais benigna que a pretérita. Que fez o Dec.-lei
n.º 5.214? Deixou que, quanto a esse requisito, fosse aplicada, das
duas leis, a que se apresentasse mais favorável no caso concreto;
mas, quanto aos demais requisitos, em qualquer caso, determinou
fosse aplicada a lei vigente. Neste último ponto, porém, o decreto
atrita de frente com preceito constitucional: é como se não tivesse
sido escrito. E o que restaria dele é o que já estava implícito, *a con-*
trario sensu, no parág. único do art. 2.º do Código Penal vigente: a
lex mitior, em matéria de livramento condicional, é a que deve ser
aplicada. Como quer que seja, entretanto, o certíssimo é que o requi-
sito de prefixo tempo de cumprimento da pena não foi abolido: será
o prescrito na lei atual, quanto aos *primários*, ou o constante da lei
antiga, quanto aos *reincidentes*”.

ção é, de todo, indiferente ao direito penal, que repele, de modo geral (e não apenas no que concerne a incriminações ou sanções), ambas as formas de analogia. Tome-se, para exemplo de inextensibilidade por analogia, o art. 198 do Código Penal, que incrimina, como atentado à liberdade de trabalho, o fato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a *celebrar* contrato de trabalho”, deixando de contemplar a hipótese de constrangimento para *não celebrar* dito contrato, apesar da completa identidade de razão para incluí-la no mesmo *præceptum*. A hipótese omitida não pode ser enquadrada no art. 198 (embora seja punível a outro título). Outro exemplo: tendo o Código omitido entre os *crimina falsi* a “guarda” de *estampilhas falsas*, não pode ser aplicado no caso, por paridade, o art. 289, § 1.º, que incrimina a “guarda” de *moeda falsa*. Se o fato não representa, *in concreto*, *co-autoria* em crime de *falsificação de estampilhas*, ou *receptação*, ou *favorecimento real*, terá de ficar impune.¹³

¹³ Ainda para ilustração do tema, não é demais que transcrevamos trechos de um arrazoado em que impugnamos a aplicação analógica do art. 269 do antigo Código Penal ao caso de cópula com mulher demente: “Na caracterização do *estupro*, em face da nossa lei penal (Código de 90), só há falar-se em violência quando há emprego de força física ou de meios que anulem transitoriamente as faculdades psíquicas da ofendida... Assim, e posto que, no caso vertente, a ofendida é maior de 16 anos, é bem de ver que o fato imputado não se enquadra no art. 269 do Código... Não vale argumentar que entre as hipóteses previstas e a não prevista (abuso de precedente alienação mental da ofendida) haja identidade de *substância jurídica*. Por mais axiomático que seja o *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, não pode o juiz criminal emendar a mão ao legislador, que se não ateu a tal raciocínio... Fora dos termos formais da lei penal, não há crimes. Não se pode concluir, por indução, de uma espécie criminal estabelecida para outra não expressa (C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*). Em matéria penal, tudo é de direito estrito. Não se pode suprir a lei penal, à maneira do que se faz à lei civil, com analogias e induções... Ato não taxativamente vedado é ato permitido. *Permittitur quod non prohibetur*. E a razão nô-la expõem CHAVEAUX e HÉLIE (*Théorie du Code Pénal*): “. en matière pénale, ce n'est pas, à proprement parler, le juge qui doit interpreter, c'est le justiciable qui doit régler

Não há confundir a analogia com a *interpretação analógica*, permitida pela própria lei. Trata-se, aqui, de analogia *intra legem*, de que é exemplo, entre outros muitos, a consentida na fórmula do *crime continuado* (art. 51, § 2.º, do Código Penal), que, depois de mencionar as condições de “tempo, lugar, maneira de execução”, indiciárias da homogeneidade objetiva dos fatos sucessivos, acrescenta: “e outras semelhantes”. É óbvio que, no limite da *semelhança* referida à *casuística exemplificativa*, cabe ao juiz reconhecer as hipóteses não previstas individualmente. Toda vez que uma cláu-

ses actes sur les textes de la loi. Si la loi contient une lacune, comme serait-il coupable de n'avoir pas vu ce qui n'y était pas?”. O brocardo *nullum crimen, nulla pœna sine lege* é um indeclinável mandamento jurídico. Não há crime, nem pena, senão quando previstos em lei. Este cânon, que entre nós é um preceito constitucional e está inscrito no limiar do Código Penal, não pode ser iludido pela aplicação analógica da lei. A *interpretação extensiva por analogia ou paridade (rectius: a analogia) não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes pena*, — é o que dispõe, barrando o arbítrio da autoridade judiciária, o inciso do art. 1.º do citado Código. Certamente, a interpretação estrita da lei penal não deve ser levada ao exagero de sutilezas que a desvirtuariam do seu próprio objetivo. Como doutrina C. MAXIMILIANO (ob. citada), ela “deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende; nada de mais, nada de menos”. Por outras palavras: a lei penal comporta a *interpretação extensiva por força de compreensão*, isto é, a que declara exatamente o pensamento do legislador, quando se descobre, inquestionavelmente, pelo escopo e lógica da lei, que ele *minus dixit quam voluit*. Este processo, porém, não deve ser confundido com a analogia, em que a ligação aduzida não designa o que o legislador quis determinar, mas o que devia ter determinado, se previra ou disciplinara a hipótese, idêntica à outra por ele prevista ou disciplinada. Eis a lição de FILOMUSI GUELFI: “*L’interpretazione analogica (rectius: a analogia) ha una certa simiglianza con l’interpretazione estensiva, ma se ne differisce profondamente; dappoichè i presupposti dell’interpretazione estensiva e dell’analogia sono diversi. In quella si riconosce che la norma si contiene espressa nella legge, ma che solo le parole non ne adeguano l’estensione; nella analogia invece si riconosce che la norma nel caso non vi è, ma che se la legge avesse data una norma per esso, avrebbe dettata quella stessa norma che si ha nel caso simile previsto*”. Enquanto a inter-

sula genérica se segue a uma fórmula casuística, deve entender-se que aquela somente compreende os casos *análogos* aos destacados por esta, que, do contrário, seria inteiramente ociosa. Por abstrair este elementar raciocínio é que se cuidou, na fase inicial de aplicação do Código vigente, de emprestar à fórmula da agravante prevista no art. 44, letra d (“ter o agente cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou *outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido*”), uma elasticidade inteiramente aberrante do seu sentido, chegando-se a que-

pretação extensiva apenas esclarece uma norma *antiga*, a analogia revela uma norma *nova* (C. MAXIMILIANO). A primeira desdobra o que a norma legal exprime, ao passo que a segunda “serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula preceito novo, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem “implícito, em norma alguma”. Uma é propriamente *interpretação*; outra, a analogia, é, antes, uma forma de produção de direito... Dizer-se que entre os *meios* equiparados à *violência*, previstos no art. 269, se deve incluir ou se acha incluída a do abuso de precedente enfermidade mental da ofendida, não é fazer interpretação extensiva por força de compreensão, ou dilatar uma idéia contida nas próprias palavras da lei: é induzir de um caso para outro por mera identidade de motivos, é aplicar a uma hipótese não prevista a disposição relativa a um caso semelhante, é empregar o processo da analogia, recortando uma entidade criminal estranha ao Código Penal...”

Por importar aplicação analógica da lei penal, a 3.^a Câmara do Trib. de Just. do D. Federal deixou de considerar incluído no art. 3.^o, II, do Dec.-lei n.^o 869, de 1938 (“transgredir tabelas oficiais de preços de *mercadorias*”) a cobrança de preços excessivos de “serviços profissionais”, de que só cogitava o revogado Dec.-lei n.^o 9.125, de 1946. Diz o acórdão (de 10-4-1947), relatado pelo Des. TOSCANO ESPÍNOLA:

“Os preços de serviços profissionais ou industriais não podem figurar entre os oficialmente tabelados, e quando abusivamente o sejam, a violação não incide em sanção penal. Escapa a esta, portanto, a cobrança, por parte de *tintureiros*, de preços excedentes aos consignados em portarias administrativas para a tingidura ou lavagem de peças de vestuário. Com o advento do Dec.-lei n.^o 9.840, de 11 de setembro de 1946, passou a vigorar o art. 3.^o, n.^o II, do Dec.-lei n.^o 869, de 18 de novembro de 1938 (alterado pelo Dec.-lei n.^o 2.254, de 23 de agosto de 1940, que abrandou a pena cominada), de modo

rer reviver, através dela, a antiga e quase sempre inexpressiva agravante de “superioridade em força ou em armas” do art. 39 do Código de 90.

4. Analogia “*in bonam partem*”. Com o argumento de que o *princípio da legalidade* somente diz com *incriminações e cominações de penas*, tem-se pretendido que, fora daí, o direito penal admite o emprego da analogia, desde que se atenda ao critério do *favorabilia amplianda*. Assim, poderiam ter aplicação analógica os preceitos referentes a exclusão de crime ou de culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e

“ que já não há mais reconhecer ilícito penal no cobrar “preços superiores aos tabelados”, como indistintamente dizia o Dec.-lei n.º 9.125, “de 4 de abril de 1946 (atualmente revogado); mas tão-somente no “transgredir tabelas oficiais de “preços de *mercadorias*”. A palavra “*mercadorias* tem acepção jurídica inextensível: significa tudo aquilo “que pode ser objeto de *compra e venda*, na esfera comercial. Designa os “efeitos móveis ou semoventes” de que fala o art. 191 do Cód. Comercial. Pressupõe necessariamente coisa material, cujo “domínio possa ser transferido (art. 1.122 do Cód. Civil). O “serviço “profissional”, o “trabalho industrial”, a “mão-de-obra”, ou seus respectivos salários, não se podem dizer “*mercadorias*” senão por metáfora dos economistas liberais, ou a não ser que a lei soberana faça a *equiparação*.”

“Não há que reviver a controvérsia suscitada nos tribunais franceses em torno ao vocábulo *marchandises*, do art. 419 do Cód. Penal de Napoleão (alterado por lei de 3 de dezembro de 1926), na qual veio a prevalecer, com flagrante extensão analógica, o ponto “de vista de que até os *fretes* estavam abrangidos na expressão legal. Justíssima é a crítica que AMBROSIO NEGRI (*Del reati contro la fede pubblica, in Trattato*, de COGLIOLO, vol. 2, parte I-A, págs. 674 “e segs.) faz a essa decisão jurisprudencial, louvando o acerto de “vários arestos divergentes, entre os quais o da Corte de Paris (de “16-5-1838), no sentido de que “*mercadorias*” só podem ser “*coisas “móveis corpóreas*”, que se contam, pesam e medem, e são destinadas a transmissão, no comércio, por meio de *compra e venda*. E, ao “invés de se invocar a interpretação do art. 419 do Código francês, “dever-se-ia, com mais atualidade, invocar as leis francesas de 21 de “outubro de 1940 e 15-3-1942, sobre “alta ilícita de preços” e “mercado negro”, em que as “*mercadorias*” (*marchandises*) de custo controlado compreendem apenas os “gêneros alimentícios” e certos

extinção de punibilidade. Realmente, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* não é infenso à analogia *in bonam partem*; mas contra a admissão desta, nos casos apontados, há a objeção de que os preceitos a estes relativos são de caráter *excepcional*, e as exceções às regras da lei são rigorosamente limitadas aos casos a que se referem. *Exceptiones sunt strictissimi juris*. Os preceitos sobre causas descriminantes, excludentes ou atenuantes de culpabilidade ou de pena, ou extintivas de punibilidade, constituem *jus singulare* em relação aos preceitos incriminadores ou sancionadores, e, assim, não admitem extensão além dos casos taxativamente enumera-

“produtos industriais”, de uso mais comum (veja-se *Etudes de science criminelle et de droit pénal comparé*, de HUGUENY ET DONNEDIEU DE VABRES, 1945). *

“O termo “mercadorias” (*merci*) é também empregado no artigo 501 do Cód. Penal italiano, e os comentadores são unívocos (reproduzindo, aliás, definição contida na *Relazione* de Rocco) em restringir a significação da palavra aos “bens materiais” (matéria-prima e produtos), que tem valor em si mesmos e constituem objeto de atividade mercantil (RUFFO MANGINI, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, pág. 275; BERENINI, *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in *Trattato* de FLORIANI, página 174; MANZINI, *Trattato*, vol. VII, pág. 51; SALTELLI-DI FALCO, *Compendio teor-prat. del nuovo Codice Penale*, vol. II, parte 2.^a, pág. 684).

“Dizer-se que os serviços profissionais estão incluídos no vocabulo *mercadoria* não é fazer interpretação extensiva, mas evidente extensão analógica, vedada no art. 1.^o do Cód. Penal e no § 27 do art. 141 da Constituição federal, de 18 de setembro de 1946.

“Por maior que seja a *identidade de razão*, não pode o juiz estender incriminação ou pena, de uma hipótese prevista, para outra não prevista, explícita ou implicitamente, pelo legislador, — o que importa declarar-se, na espécie, a inexistência de crime ou de sanção penal”. O Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, entendeu e decidiu de modo contrário; mas seu ponto de vista é insustentável. Veja-se a crítica de tal decisão no *Apêndice*, “Os pandectistas do direito penal”.

* As mencionadas leis francesas, desacreditando a velha jurisprudência, falam, distintamente, em *produits et services*. A nossa lei atual sobre crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521, de 26-12-1951) também distingue entre “mercadorias” e “serviços (essenciais à subsistência)”.

dos. Notadamente, é de enjeitar-se a teoria das “causas suprallegais de exclusão de crime ou de culpabilidade”, excoitada pelos autores alemães para suprir deficiências do Código Penal de sua pátria (velho de mais de meio século), não se justificando perante Códigos mais recentes, que procuram ir ao encontro de todas as sugestões no sentido de se obviarem os inconvenientes do *sistema fechado* da lei penal. Estaria esta exposta a sério perigo de subversão, se se atribuísse aos juízes o arbitrio de, com apoio em critérios não afiançados pela lei escrita (como o de que sempre “é justo o meio para o justo fim”, de GRAF ZU DOHNA, ou o da extensão da “não-exigibilidade” além dos casos típicos do “estado de necessidade”, segundo o pensamento de FREUDENTHAL e de MEZGER),¹⁵ criarem causas de excepcional licitude, de impunibilidade ou não-culpabilidade penal.

Em face de um Código, como o nosso, que enumera, em termos suficientemente dúcteis, as causas discriminantes ou de imunidade penal; que aboliu a “responsabilidade objetiva”, consagrando irrestritamente o princípio *nulla pœna sine culpa*; que é profuso no capítulo das causas de renúncia ao *jus puniendi* por parte do Estado; que faculta, em vários casos, o *perdão judicial*; que deixa ao juiz um extenso arbitrio na medida da pena (art. 42), haveria pouquíssimo espaço para a analogia *in bonam partem*.

Nenhum apoio merece a tese, sustentada por NARCÉLIO DE QUEIRÓS,¹⁶ no sentido de que, tendo a nova Lei de Intro-

¹⁵ A doutrina da “não-exigibilidade” (*Nichtzumutbarkeit*) pode ser assim, resumidamente, fixada: se o pressuposto da *culpabilidade* é a *censurabilidade* (*Vorwerfbarkeit*) da ação (ou omissão), segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, sob o ponto de vista social; mas conduta social não pode ser senão aquela que, sendo *exigível* do indivíduo, não é seguida por este. A censurabilidade deixa de existir quando o indivíduo falta à observância de uma conduta que se lhe apresentava, no caso concreto, impossível (*ultra posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, *não exigível* do *homo medius*, do comum dos homens.

¹⁶ *Analogia in bonam partem e a Lei de Introdução ao Código Civil*.

dução ao Código Civil suprimido o art. 6.º da anterior (“A lei que abre exceção a regras gerais só abrange os casos que especifica”), já não há como impugnar-se (no direito brasileiro) a analogia *in bonam partem*, mesmo em matéria penal. Seria discutível se a dita lei se reflete, *in subjecta materia*, sobre o direito penal (a que não faz referência alguma); mas o que é certo é que a invocada supressão não visou a abolir o princípio da inextensão analógica das normas excepcionais. Outra foi a sua *ratio*: evitar a formulação legal de um *axioma* jurídico, que, segundo a justa ponderação de DIAS FERREIRA (secundado por CLÓVIS BEVILÁQUA), é “próprio de um livro elementar, destinado ao ensino do direito, inteiramente escusado no livro das leis”; bem como afastar dúvida sobre a acessibilidade das normas excepcionais à interpretação extensiva, que se não confunde com a extensão analógica.¹⁷ A inextensibilidade por analogia das normas de exceção não precisa de figurar no corpo das leis: é um princípio apodítico de direito.

5. O costume. Tanto quanto a analogia, o costume não é fonte geradora do direito repressivo. Não pode suprir, abrogar ou retificar a lei penal. Cumpre, porém, distinguir entre costume *contra, extra* ou *ultra legem* e costume *integrativo, subsidiário* ou *elucidativo* da norma penal (costume *intra legem*). Nesse último caso, o costume intervém *ex vi legis*, sem afetar, portanto, o dogma de que a única fonte do direito penal é a lei. Assim, por exemplo, ao incriminar o “ultraje público ao pudor”, a lei penal se reporta a um *costume social*, isto é, à moralidade coletiva em torno dos fatos da vida sexual, ficando subordinada, para o seu entendimento e aplicação, à variabilidade, no tempo e no espaço, desse *costume*. Não há caso algum em que o costume *contra* ou *extra*

¹⁷ V. SERPA LOPES, *Lei de Introdução ao Código Civil*, I, pág. 218; ALÍPIO SILVEIRA, *A interpretação das leis excepcionais e restritivas de direito em face da nova Lei de Introdução ao Código Civil*, in *Revista Forense*, vol. 105, págs. 25 e segs.

legem possa ter o efeito, já não dizemos de criar crimes ou penas, mas de expungir a criminalidade legal de um fato. As hipóteses citadas em contrário por STEVENSON¹⁸ escapam à punição, não porque o *costume* as tornou penalmente lícitas, mas, ou porque são permitidas, explícita ou implicitamente, por leis extrapenais, ou por ausência de dolo, isto é, por inexistência da *consciência de injuricidade* ou *animus delinquendi* (integrante do dolo). Tais são a “perfuração de orelhas para o uso de brincos”, a “operação cirúrgica”, o “tratamento plástico”, a “extração de dentes”, a “circuncisão”, a “violência esportiva”.

6. **Erros da lei.** O texto legal pode ressentir-se de lapsos de cópia ou de impressão, não corrigidos em ulterior edição do órgão oficial de publicidade. Cumpre, então, distinguir: se o erro é *manifesto* e não afeta o conteúdo ou essência da lei, pode o juiz fazer a retificação; caso contrário, é inadmissível a correção, ainda que ao juiz seja dado consultar ou tenha presente o texto original.¹⁹

7. **Leis penais em branco.** Há certas leis penais que dependem, para sua exequibilidade, do complemento de outras

¹⁸ *Da exclusão de crime*, págs. 214 e segs.

¹⁹ Assim, por exemplo, a *sanctio* do art. 180 do Código apresentava, antes da Lei n.º 2.505, de 1955, que o corrigiu, um *lapsus* (v. HUNGRIA, *Novas questões jurídico-penais*, págs. 215 e segs.): em vez de “reclusão, de dois meses a quatro anos”, ficou escrito: “reclusão, de dois a quatro anos” (tendo sido omitida a palavra “meses”). Não se tratava de erro reconhecível *prima facie*, de modo que ao juiz seria vedado corrigi-lo. Já o mesmo, porém, não acontece com o erro que se depara no art. 58 do Dec.-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944 (sobre loterias clandestinas), ao cominar a pena: “quarenta (40) a trinta (30) dias de prisão...” É patente a troca do “mínimo” pelo “máximo”. Ao indivíduo mais ignorante não escapará a estranha inversão. Trata-se de um *quid pro quo* reconhecível *ictu oculi*, de modo que ao juiz, servindo-se do *argumentum ab absurdo*, será lícito aplicar o dispositivo como se o erro não existisse.

normas jurídicas *in fieri* ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais). É o que se chama “leis penais em branco”, “cegas” ou “abertas”. Contêm a *sanctio* (cominação de pena), mas o *præceptum* (ou, pelo menor, a precisa fixação deste) é remetido à *lex ferenda* ou futuro ato administrativo. A pena é cominada à transgressão (desobediência, inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se *in futuro*. Exemplo: a Lei n.º 1.521, de 26-12-1951, comina determinada pena ao fato de “transgredir tabelas oficiais de gênero e mercadorias, ou de serviços essenciais”, de modo que sua aplicabilidade foi subordinada à subseqüente expedição (com base no “poder de polícia”) de portarias ou editais administrativos com as tabelas de preços. É óbvio que, passando os *regulamentos*, *portarias* ou *editais* a fazer corpo ou unidade lógica com a *lei penal*, cumpre, para sua eficiência, que sejam publicadas no *órgão oficial* (art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil), atendidas as regras sobre a *vacatio*: antes disso, por maior que seja a sua divulgação por outros meios, serão inteiramente anódinas (pois o *nemo censetur ignorare legem* pressupõe, necessariamente, a publicação oficial da lei).

8. **Tecnicismo jurídico-penal.** O direito penal é um *hortus conclusus*: não existe fora da órbita legal. Sua única fonte — repita-se — é a lei. A *ciência do direito penal* somente pode consistir no estudo da lei penal em sentido lato ou do complexo de normas jurídicas mediante as quais o Estado manifesta o seu propósito de coibir a delinquência, indicando os fatos que a constituem, as condições da responsabilidade e culpabilidade penal, as sanções repressivas ou preventivas. Este, o irrefragável postulado do chamado *tecnicismo jurídico-penal*.

Com toda justeza, diz MASSARI: “Não existe outro direito penal além do coligido na legislação do Estado, e à nossa ciência não se pode atribuir, portanto, objeto diverso. É inadmissível um direito penal filosófico, ou ideal, ou racional, ou natural: não seria mais que simples abstração”.

A ciência penal, *sub specie juris*, não admite outros conceitos e critérios além daqueles que lastreiam e informam as normas legais vigentes sobre a trilogia “criminoso, crime e pena”. Outras ciências, pré-ciências ou pseudociências que se propõem, à margem do *jus conditum*, o estudo da criminalidade como fenômeno biopsíco-sociológico e a pesquisa ou preconício de meios de preservação e defesa sociais nada têm a ver com a ciência do direito penal propriamente dito, senão quando por este afeiçoados ou com este ajustáveis. Se não fazemos nítida separação entre *ciência penal*, que tem por objeto o estudo do direito penal positivo, e as teorias ou *hipóteses de trabalho* (*Arbeitshypothese*) sob o rótulo genérico de “criminologia” ou “ciências criminológicas”, não poderemos evitar uma confusão babélica de *idiomas*, e tudo resultará na desorientação e na perplexidade. A autêntica ciência jurídico-penal não pode ter por objeto a indagação experimental em torno ao problema da criminalidade, mas tão-somente a *construção* do direito penal através das normas legais. Parte de premissas *certas*, que são as normas jurídicas, para chegar, logicamente, a conclusões *certas*. Não comporta *escolas*,²⁰ de vez que não pode haver antagonismo de métodos na sistematização das regras ditadas pela vontade soberana do Estado. Compete aos *juristas*, e não aos sociólogos, biólogos, psicólogos ou filósofos. É a *dogmática jurídico-penal* ou *jurisprudência penal*, tomado o vocábulo *jurisprudência* no sentido romanístico. Não há entre ela e essa *teia de Penélope* que se intitula “criminologia”, nenhuma afinidade ou relação necessária. Trata-se de ciência *normativa*, e não *causal-explicativa*. Tem por objeto, como adverte

²⁰ Somente no terreno da *política criminal* (ciência pré-jurídica) é que se pode falar em *escolas penais* ou postular critérios diversos dos assumidos pela lei penal em vigor. As infundáveis controvérsias em torno às hipóteses, conjecturas ou sugestões sobre a etiologia e futuro tratamento da criminalidade devem ser deixadas ao exclusivo *juízo arbitral* da política criminal, que é a ciência que cuida do direito penal *in fieri* ou dos programas de reforma do direito penal vigente.

GRISPIGNI, não o *ser*, o *Sein*, mas o *dever ser*, o *Sein Sollende*, que são os mandamentos ou preceitos legais. Seu método, seu único método possível é o *técnico-jurídico* ou *lógico-abstracto*. Seu *processus* é o mesmo de todas as *ciências jurídicas*: estudo das *relações jurídicas* (isto é, das relações da vida, parcial ou totalmente reguladas pelo direito positivo), construção lógica dos *institutos jurídicos* (que representam a coordenação unitária dos princípios que disciplinam cada relação jurídica) e, finalmente, a formulação do *sistema*, que é a mais perfeita forma do conhecimento científico.

Nem por ficar assim delimitada, está a ciência jurídico-penal reduzida, como argüem os que acreditam num direito penal vagando fora das leis, a uma ciência árida, estreita, mesquinha, de mecânica exegese de textos legais ou de pura lógica abstracta. Não. A ciência do direito penal, sem renunciar ao seu método próprio, não é a dialética servilmente aferada ao rigor lógico das normas jurídicas. Não se confunde com a tarefa medíocre e inglória dos *escolásticos* do direito penal. Animando-o, vivificando-o, há dentro do direito penal positivo toda uma filosofia do homem e da vida humana; toda uma vasta sucessão de idéias vividas e sedimentadas pela experiência social e que continuam crepitando nos versículos da lei penal. Há uma *alma* a ser perscrutada nos textos legais. Submetido indefinidamente às inferências de lógica abstracta, o direito penal perderia o seu cunho de justiça e redundaria num produto inumano. Ciência penal não é essa desolante preocupação dialética dos que antepõem o literalismo frio das tábuas da lei ao seu sentido humano e enrodilham o direito penal numa inextricável complexidade de silogismos e sutilezas, asfixiando-o, anemizando-o, desfibrando-o; mas, sim, aquela *jurisprudência superior* de que fala JHERING, a superior atividade sistematizadora do direito sem abstração da realidade palpitante da vida, em cujo seio se inspirou o legislador. A ciência penal não se exaure numa pura esquematização rígida de princípios *neutros*, pois que é a ciência de um direito eminentemente modelado sobre a vida e para a vida. Não pode isolar-se desta. O *tecnicismo jurídico*, que reserva o di-

reito penal para os juristas, não quer dizer que estes devam colocar entre eles e o *mar* picado da vida, como parede cega, a inteiriça e gélida literalidade da lei. Conforme ensina MAGGIORE, o direito, para garantir-se a própria estabilidade e certeza, constrói os seus dogmas, que são como retábulos em que se enquadra a experiência jurídica no seu desdobramento histórico; mas o predomínio desses dogmas não deve degenerar em tirania e protrair-se até o ponto de alhear-se ao *élan* da vida, ao invés de limitar-se a construir os anteparos e sulcos em que ele deve acomodar-se à ordem jurídica. A dogmática, quando entregue à exasperação de abstrair, esquematizar e classificar, arrisca-se a romper os pontos de contato com a vida ou a pôr-se em dissídio com esta. É certo, e chega a ser lapalissiano afirmá-lo, como ainda observa MAGGIORE, que a ciência do direito é construída *juridicamente*, isto é, com o método originário e sempre mais aperfeiçoado da jurisprudência romana; mas não é jurista digno desse nome aquele que desconhece a advertência de VON JHERING: o irrestrito culto da lógica, que cuida de transformar a jurisprudência numa espécie de matemática do direito, é um erro, e assenta no desconhecimento da natureza do direito. A vida não é para os teoremas, mas estes para aquela. Não o que a lógica exige, mas o que a vida, o convívio dos homens e o sentimento jurídico reclamam é que deve acontecer, seja ou não possível dentro da lógica. Os romanos teriam merecido viver entre os sofistas de Abdera, se tivessem seguido outro critério, sacrificando os interesses da vida a uma dialética de escola. Não é verdadeiro jurista aquele que olvida o ensinamento de JELLINECK: “É impossível alcançar um resultado jurídico cientificamente aceitável, se se ignora inteiramente o conteúdo das relações da vida. A jurisprudência ou construção jurídica não pode perder a visão desse conteúdo, pois, do contrário, se abastardaria na escolástica, isto é, naquela diretriz do pensamento e da especulação que cria um mundo de noções sem realidade, de formas sem substância, de resultados sem valor”. Os preceitos jurídicos não são textos encruados, adamantinos, ensimesmados, destacados da vida como poças

de água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos, que, ao serem estudados e aplicados, têm de ser perquiridos na sua gênese, compreendidos na sua *ratio*, condicionados à sua finalidade prática, interpretados no seu sentido social e humano. Ciência penal não é esse *leite desnataado*, esse *bagajo remoído*, esse *esqueleto de aula de anatomia* que nos impingem os ortodoxos da jurisprudência pura ou abstracionismo lógico. Ciência penal não é a jurisprudência isolada em si mesma, a alimentar-se perpetuamente de si mesma, a desdobrar-se, introvertidamente, em cálculos jurídicos e *subtilitates juris*, alheada às aventuras do mundo circundante. Não é ciência penal a que somente cuida do *sistema ósseo* do direito repressivo ou se limita a tessituras aracnídeas de lógica abstrata, fazendo de um código penal, que é a mais frisante expressão da moral prática de um povo, uma teoria hermética, uma categoria de idéias hirtas, um seco regulamento burocrático, uma árida tabela de aduana. Ciência penal não é só a sistematização hierática da lei, mas, antes de tudo, e acima de tudo, a revelação do seu *espírito*, a compreensão do seu *escopo*, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um impessoal “modelo de fábrica”, mas um trecho flagrante da humanidade. A ciência que estuda, interpreta e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se numa sucessão de fórmulas vazias, numa platitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem de vir para o chão do átrio onde ecoa o rumor das ruas, o vozeio da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bramido da tragédia humana. Não pode alçar-se às nuvens, rumo da estratosfera, pois tem de estar presente ao entrevero dos homens, ao danresco tumulto humano de

*Diverse lingue, orribili favelle,
Parole di dolore, accenti d'ira,
Voci alte e fioche, e suon di man con elle...*

9. **Arbítrio judicial.** Se o arbítrio judicial é radicalmente vedado no tocante a incriminações e sanções penais, constitui, entretanto, uma exigência central do direito penal contemporâneo no que concerne à *medida da pena*. Rompendo com injunções de um individualismo hipertrofiado e critérios reconhecidamente errôneos do *classicismo* penal, o atual Código Penal brasileiro (art. 42) seguiu pelo novo rumo: consagrou o *arbitrium iudicis* na medida da pena, como condição necessária à *justiça do caso concreto*, à racional *individualização* da reação jurídico-penal. Segundo o postulado clássico, o *mal da pena* deve ser proporcionado ao *mal do crime* em si mesmo. O que importa, principalmente, é o crime na sua gravidade objetiva, e não o seu autor. O crime *a parte objecti*, e não o crime *a parte subjecti*. Critério primário e decisivo é a *æstimatio delicti*: a *æstimatio sentis* não entra em linha de conta, senão secundariamente. Se um crime se apresenta, materialmente, igual a outro crime, os respectivos autores merecem a mesma pena. Para males iguais, penas iguais. É a lei do talião estilizada. É a justiça de superfície. É a justiça rudimentar da balança, que equilibra *quantidades* e não *qualidades*. É a justiça que vê os fatos humanos, mas ignora os homens. Com esse critério objetivista ou de apreciação *ab externo*, não se duvidou, para servir ao extremo individualismo do século XIX, que as penas podiam e deviam ser micro-metricamente prefixadas na lei, sem nenhum ensejo ao arbítrio judicial. É bem conhecida a impugnação que a esse sistema de dosimetria legal da pena opôs o chamado *positivismo penal*. Proclamou este a necessidade de uma radical mudança de critério: a pena (como medida de defesa social, e não como *castigo* ou retribuição do mal pelo mal) deve ser calculada, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de inadaptabilidade à vida social. Como não há dois criminosos iguais, a pena não deve ser preterdeterminada pelo legislador, mas *individualizada* pelo juiz, pois só este é que tem diante de si, na

sua realidade viva e palpitante, o autor do crime, o elemento humano dos casos concretos.

De reprovado excesso, porém, pretendia-se passar a outro. Ao excesso de objetivismo, substituía-se o excesso de subjetivismo. A *escola clássica* focalizava o crime e deixava na sombra o criminoso; a *escola positiva* invertia as posições: o criminoso era trazido para o palco, enquanto o crime ficava na retrocena. O classicismo fazia do crime uma *entidade abstracta*, e outra coisa não fazia do criminoso o positivismo, que, com as suas generalizações apressadas, achou de classificar aprioristicamente *tipos* de delinquentes, na absurda tentativa de comprimir a infinita variedade do psiquismo humano dentro de quadros esquemáticos. Na ulterior evolução jurídica, entretanto, afirmou-se a tendência transaccional. Nem a predominância do elemento objetivo, nem a do elemento subjetivo, mas a conjugação de ambos. A fórmula unitária foi assim fixada: *retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso*. Ao ser cominada *in abstracto*, a pena é individualizada objetivamente, mas, ao ser aplicada *in concreto*, não prescinde da sua individualização subjetiva. Após a individualização convencional da lei, a individualização experimental do juiz, ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É conservada a prefixação de *mínima e máxima especiais*; mas, suprimida a escala legal de graus intermédios, o juiz pode mover-se livremente entre aquêles, para realizar a “justiça do caso concreto”.

Amoldando-se ao critério de individualização subjetiva da pena, o nosso Código, porém, não proclamou o puro arbítrio do juiz. Ficou a meio-caminho entre os dois sistemas opostos: o da liberdade máxima e o da legalidade rígida. O arbítrio judicial ilimitado, o retorno ao *plenum arbitrium* medieval seria evidentemente perigoso. É certo que o juiz moderno dispõe de mentalidade bem diversa da que dominava nos tribunais da Idade Média; mas é lição da experiência que todo poder sem divisas tende fatalmente para sua própria hipertrofia. Com o *arbitrium iudicis* a coberto de limitações,

estaria ameaçada a própria unidade do direito. O que o nosso Código consagra, no seu art. 42, é o *arbitrium regulatum*, o arbítrio temperado, o poder discricional relativo. Não é um arbítrio que possa exercer-se *sem rei nem roque* ou por *ignavas rationes*. Não é um arbítrio *in extensum* ou *à la dérive*, deixado ao mero impulso do sentimento, à mercê da atrabilis ou da euforia do juiz; mas um arbítrio limitado, moderado, controlado. A finalidade do art. 42 é ensejar a individualização da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a *ditadura judicial*, a justiça de *cabra-cega*, o juiz *a legibus solutus*. Para evitar que redunde em puro capricho o poder discricional do juiz, são traçadas (pelo próprio artigo citado) indeclináveis diretrizes ao seu exercício.

**A lei penal
no tempo**

Art. 2.º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parág. único. A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.

Art. 3.º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, art. 2.º; norueguês, § 3.º; holandês, art. 1.º; português, art. 6.º; suíço, art. 2.º; belga, artigo 2.º; alemão, § 2.º; francês, art. 4.º; polonês, art. 2.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º; dinamarquês, arts. 3.º e 5.º; espanhol (1944), art. 24; iugoslavo, art. 90; mexicano, arts. 56 e 57; hondurense, art. 21; nicaraгуense, art. 1.º; costarriquense, art. 2.º; panamenho, art. 4.º; colom-

bianco, art. 3.º; venezuelano, art. 2.º; equatoriano, art. 2.º; peruano, arts 7.º e 9.º; paraguaio, arts. 57 e 58; uruguaio, arts. 15 e 16; argentino, art. 2.º; chileno, art. 18.

BIBLIOGRAFIA (especial). GABBA, *Della retroattività della legge in materia penale*, 1869; *Teoria della retroattività della legge*, 1891-1899; DONATI (D.), *Il contenuto del principio della retroattività della legge*, 1915; TRAEGER (L.), *Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes (O império temporal da lei)*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafreches*, parte geral, vol. VI, 1908, págs. 321 e segs.; LEHMANN, *Das zeitliche Herrschaft des Strafrechtssatzes*, 1897; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht (Lei e culpabilidade em direito penal)*, I, 1906; RANIERI, *L'applicazione delle leggi penali nel tempo*, in *Riv. Penale*, XCVI, págs. 118 e segs.; MEYNE, *Essai sur le rétroactivité des lois repressives*, 1863; ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, 1929; PESSINA (E.), *La legge penale*, in *Enciclopedia*, vol. 3.º, 1906; BATTAGLINI, *Il luogo ed il tempo del commesso reato*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1917; FONTANA (G.), *Se l'art. 2.º del Codice Penale sia applicabile alle norme penali concernenti l'approvvigionamento e i consumi emanate in occasione della guerra*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1920, I, pág. 79; RAGGI (L.), *Della legge penale e della sua applicazione*, 1927; *Sull'efficacia delle leggi temporanee*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1918, págs. 81 e segs.; LEVI (Nino), *Tempus commissi delicti*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1933, págs. 373 e segs.; GREGORACI, *La pena del reato permanente o continuato commesso sotto l'impero di leggi diverse*, in *La legge*, II, 1891; KITZINGER, *Ort und Zeit der Handlung (Lugar e tempo da ação)*, in *Vergleichende Darstellung*, parte geral, vol. I, 1908; DIENA, *Considerazioni critiche sul concetto dell'assoluta e completa separazione fra il diritto internazionale e l'interno*, in *Riv. del diritto pubblico*, I, 1913; BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale*, in *Riv. Penale*, vol. 34; ARANGIO RUIZ, *Intorno all'efficacia delle leggi penali temporanee*, in *Riv. Penale*, vol. 54; RANELLETTI, *Polizia di sicurezza*, in *Trattato compl. de dir. amministrativo* de ORLANDO, vol. IV, 1908; MIRTO (Pietro), *Della legge penale*, in *I codici penali nel primo decennio di attuazione*, 1942; MAGGIORE, *Successione di leggi penali*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, 1.ª parte; BELRICHARD, *Das zeitliche Geltungsgebiet der Strafrechtssatzes (A esfera de validade temporal dos preceitos penais)*, 1927; OLIVI (L.), *Reati e pene in ordine al tempo*, in *Trattato* de COGLIOLO, I, parte II, 1888; VICO, *La cosa giudicata e il progetto del nuovo Codice Penale italiano*, in *Riv. Penale*, vol. 29, págs. 343 e segs.; ESPÍNOLA-ESPÍNOLA, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, I, 1943; SERPA LOPES, *Comentário teór.-prát. da Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. 1.º, 1943; C. MAXIMILIANO,

Direito intemporal ou a teoria da retroatividade das leis, 1946; ARMANDO COSTA, *O direito intertemporal e o Código Penal*, in *Revista Forense*, vol. LXXXIX, págs. 47 e segs.

COMENTARIO

10. A lei penal no tempo. Direito penal transitório. A lei penal, quanto à sua obrigatoriedade e efetiva vigência, está subordinada às mesmas regras que disciplinam as leis em geral: publicação oficial (ou seja, publicação no *Diário Oficial*) e decurso do prazo de *vacatio* (nos termos do art. 1.º e seu § 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil). E já assentado o princípio de que a única fonte do direito penal é a lei (n.º 1), segue-se que uma lei penal somente por outra (*lex posterior*) é revogável. Pode ocorrer, entretanto, que uma lei penal, de antemão, no seu próprio texto, limite sua vigência a um prazo certo (lei penal *temporária*) ou à duração de excepcional acontecimento (lei penal *excepcional*), e em tal caso, com a expiração do prazo ou findo o acontecimento, dá-se uma *auto-revogação*, dispensado o advento de nova lei (veja-se n.º 30).¹ Cumpre ainda notar que, às vezes, a norma penal pressupõe uma norma extrapenal (de direito público ou privado), de modo que a mudança desta se reflete naquela, pois, embora formalmente distinta, a norma extrapenal, em tal hipótese, substancialmente se entrosa com a norma penal.

Como qualquer outra lei, a penal pode ser revogada *in toto* (*ab-rogação*) ou *parcialmente* (*derrogação*), de modo *expresso* ou *implícito* (tácito, indireto).²

No caso de sucessão de leis penais, pode acontecer que a lei *posterior*:

¹ É o que acontece, aliás, com qualquer lei destinada a vigência temporária (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º).

² Art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". CONS. SERPA LOPES e ESPÍNOLA-ESPÍNOLA (obras citadas).

a) seja *menos favorável* que a *anterior*, quer incriminando *ex novo* um fato (*novatio criminis*), quer agravando, de qualquer modo, a punibilidade; ou

b) seja, ao contrário, *mais favorável* que a *anterior*, ou porque elimine uma incriminação (*abolitio criminis*), ou porque, de qualquer modo, beneficie o réu.

No primeiro caso, a lei posterior é irretroativa; no segundo, ao revés, *habet oculos retro*. Assim, no direito penal transitório, a lei *mais favorável* é *extra-ativa*: quando é a lei anterior, sobrevive à sua revogação (*ultra-atividade*); quando é a posterior, projeta-se no passado (*retroatividade*), em contraste com o *Janus in legibus non placet* ou o *tempus regit actum*. Em sentido inverso, a lei *menos favorável* não dispõe de qualquer *extra-atividade*: nem faz marcha-à-ré (quando é a posterior), nem persiste (quando é a anterior) no seu *plus* de gravidade, mesmo em relação aos *facta præterita*.

A irretroatividade da lei penal menos favorável é um corolário do *nullum crimen, nulla pœna sine lege*. As mesmas razões que fundamentam o veto à criação de crimes ou aplicações de penas à margem da lei (pelo *arbitrium judicis* ou pela analogia) militam para a interdição da lei penal *ex post facto*, quer no caso de *novatio criminis*, quer no de acréscimo de punibilidade ou desfavor ao réu. Em ambos os casos, a retroatividade encontra o obstáculo de autêntico *direito adquirido* na órbita da liberdade individual, isto é, o direito que o indivíduo adquiriu, vigente a lei anterior, de não ser punido ou ser punido menos severamente (CARRARA, PESSINA). FERRI (e com ele alguns autores neoclássicos, notadamente alemães) negam que se possa falar em *direito adquirido* no campo do direito público, principalmente no do direito penal.³ Mera *superstição*, que, por desgraça, acabou inspirando o despejado penalismo soviético e nazista. Tanto quanto na esfera judiciária do *patrimônio*, o *direito adquirido* é perfeitamente reconhecível na esfera da *liberdade individual*. O per-

³ *Principii di diritto criminale*, 1928, pág. 149.

mittitur quod non prohibetur, inscrito à porta do Estado demoliberal, assegura o direito do indivíduo contra o recuo de uma *novatio criminis*. E também irrefutável é o direito do criminoso contra a ulterior agravação da pena. Com a prática do crime, estabelece-se entre o seu autor e o Estado indissimulável *relação jurídica* (idêntica à que se apresenta entre particular e particular, quando da prática de um *delito civil*): o Estado adquire o direito de punir o indivíduo e este, ao mesmo tempo que surge para ele a obrigação de sofrer a pena, adquire o direito de não sofrer pena mais grave do que a cominada pela lei então vigente (do mesmo modo que o autor de um ilícito civil, de par com a obrigação de reparar o dano, adquire o direito de não suportar conseqüências jurídicas mais onerosas do que as estabelecidas pela lei contemporânea ao fato). O interesse da tutela social não pode jamais autorizar “emboscadas” à liberdade jurídica do indivíduo, isto é, que o Estado ultrapasse os limites que, com a lei do *tempus patratu delicti*, solenemente traçou à reação penal. Ao criminoso não pode ser imposta uma pena que lhe era desconhecida ao tempo do crime. Colidiria isto, aliás, com o *moneat priusquam feriat*, ou, seja, com a própria função *preventiva* ou *intimidante*, que, segundo o critério do direito positivo (precisamente quando exige a *anterioridade* da lei penal), realiza um dos fins da pena; pois é de presumir que, se esta já tivesse, ao tempo do crime, o rigor que só veio a assumir depois, o agente se teria absterido de violar a lei.

Argumenta-se que, a falar-se em *direito adquirido* do criminoso, ter-se-ia igualmente de reconhecer ao Estado, no caso inverso de maior benignidade da lei posterior, *direito adquirido* de impor a pena cominada ao tempo do crime, de modo que, logicamente, estaria excluída a retroatividade da *lex mitior*. Ora, o direito, sob pena de incorrer na *summa injuria*, não pode ser construído com critérios de pura lógica abstrata. Para a não ultra-atividade da *lex gravior* (que é o lado avesso da retroatividade da *lex mitior*), há uma irrecusável razão de *justiça*: se a lei nova, afeiçãoando-se a uma mudança da *consciência jurídica geral* ou a uma nova “con-

cepção jurídica" (*opinio juris*, ponto de vista ético-jurídico-social) em torno de determinado fato, suprime sua incriminação ou atenua sua punição, a eficácia póstuma da lei antiga redundaria numa opressão iníqua e inútil. Como diz PIETRO MIRTO, qualquer que seja a função finalística que se atribua à pena (defensiva, intimidativa, corretiva, retributiva, etc.), evidentemente cessa tal função quando os fatos que lhe dão motivo não são mais considerados penalmente antijurídicos ou merecedores de pena rigorosa. E desde que o próprio Estado reconhece *desnecessária* a punibilidade ou maior punibilidade, não tem interesse algum em invocar *direito adquirido* à continuidade da punição ou ao *plus* de pena.

O princípio da irretroatividade da lei penal mais severa deita raízes no direito romano. Na época republicana, ao que se depreende de uma passagem de CÍCERO, na segunda oração contra VERRES, a *lex gravior* só podia retroagir quando se tratasse de *res sua sponte scelerata ac nefaria: neque in ulla* (isto é, *lege*) *præteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quæ sua sponte tam scelerata ac nefaria est, ut etiam si lex non esset magno opere vitanda fuerit*". Ao tempo do Império, firmou-se o princípio geral de que "*omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt*", salvo se a própria lei dispusesse o contrário: "*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari: nisi nominatim de præterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit*" (1. 7 C. I, 14).⁴

Na Idade Média, os canonistas defenderam a regra de que "*pœna criminis ex tempore legis est, quæ crimen inhiabit*", e os práticos seguiram o exemplo no direito secular. A Revolução Francesa, ao proclamar (Constituição de 1793)

⁴ "É certo que as leis e Constituições regulam os negócios futuros e não os casos pretéritos, salvo declaração expressa de que se aplicam também ao passado, assim como aos negócios pendentes". O imperador Constantino prescreveu irretroatividade, nos casos ainda não julgados, a uma lei mais severa contra os *plagiarii*.

que “*la loi, qui punirait des délits commis avant qu'elle existât, serait une tyrannie, et l'effet retroactif donné à la loi serait un crime*”, não fez mais que exprimir um princípio já então teoricamente pacífico. Antes dela, aliás, e com igual veemência, já as Constituições americanas, notadamente a de Maryland (1776), declaravam “*that retrospective laws, punishing facts before the existence of such laws, and by them declared criminal, are oppressive, unjust, and incompatible with liberty; wherefore no ex post facto laws ought to be made*”.

Quanto à retroatividade benigna da lei penal, não se encontra expressa nos textos romanos, nem a conheceu o direito canônico. Somente na avançada Idade Média é que surgiu a sua teoria, imperfeitamente esboçada por MALUMBRANO (século XIV) e ulteriormente assim fixada por FARINACIO (século XVII), com ressalva da *res judicata*: “*Lex, constitutio, seu statutum novum, quando minuit pœnam statuti antiqui, tunc in imponendis pœnis inspiciatur tempus sententiæ. Ideo talis pœna novæ legis, constitutionis seu statuti, imponetur etiam pro delictis præteritis non punitis*”.

A legislação penal contemporânea continua fiel aos dois princípios — o da irretroatividade *in pejus* e o da retroatividade *in melius*. Na Rússia soviética, entretanto, a lei penal é sempre retroativa (seja ou não mais benigna), conforme se vê da Lei de Introdução do seu atual Código Penal, e na Alemanha nazista permitia-se recuada à *lex gravior* (como aconteceu à famosa lei chamada *van der Lubbe*, de 22 de março de 1933, e à relativa aos assaltos de automóveis para fins de roubo, de 22 de junho de 1938).⁵

⁵ No Brasil, como singularidade odiosa, deu-se efeito retroativo ao Dec.-lei n.º 4.766, de 1 de outubro de 1942 (sobre crimes militares e contra a segurança do Estado em tempo de guerra), sem excetuar-se o próprio caso de *novatio criminis*: “Esta lei retroagirá, em relação aos crimes contra a segurança externa, à data da ruptura das relações diplomáticas com a Alemanha, a Itália e o Japão”. Em virtude deste ominoso dispositivo (partejado num período de supressão de garantias individuais), estiveram alguns indivíduos cumprindo 30 anos de reclusão, por fatos que, ao tempo de sua prática, escapavam

Entre nós, já o Código de 1830 vedava a retroatividade desfavorável (em consonância, aliás, com a Constituição de 1824 e precedente legislação reinol), embora ressalvada a intangibilidade da coisa julgada. O Código de 1890 (art. 3.º, parág. único) estabelecia, como regra geral, a irretroatividade da lei penal e, como exceção, a retroatividade benigna, ainda que com subversão da *res judicata*.

O Código vigente adota duas regras paralelas: a da irretroatividade da *lex gravior* (corolário do art. 1.º) e a da retroatividade benigna, destacando, quanto a esta, três hipóteses: a de *abolitio criminis*, a de pena menos rigorosa e a de qualquer outro *favor rei*; e enquanto nos primeiros casos desatende à *res judicata*, no terceiro manda que esta subsista, isto é, a retroação somente se dará em relação aos casos ainda não julgados. Com o advento da Constituição de 46 (que repetiu, neste particular, preceito da Constituição de 34), foram elevadas à categoria de “garantias individuais” a irretroatividade *in pejus* e a incondicional retroatividade *in melius*.⁶ Segundo penso, deve entender-se, em face do preceito constitucional, cancelada a restrição que fazia o Código: toda vez que a lei nova beneficiar, *de qualquer modo*, o réu, fará marcha atrás, pouco importando a coisa julgada. Voltou-se, assim, ao critério do Código de 90, segundo a interpretação liberal que se lhe dava.

CARLOS MAXIMILIANO⁷ faz uma velada censura à *indiscrição* do legislador penal brasileiro, que, ao admitir a retroa-

⁶ Art. 141, § 29: “A lei penal... só retroagirá quando beneficiar o réu”.

⁷ Ob. cit., pág. 319.

a qualquer punição; e isso não obstante o intercorrente advento do atual regime constitucional, expressamente infenso à lei penal *ex post facto* (salvo quando favorável ao réu). É de notar-se que, quando a lei temporária ou excepcional só foi possível com a suspensão do regime constitucional, não se pode admitir, com o retorno deste, a sobrevivência dos efeitos daquela; pois, de outro modo estaria aberto ensejo para uma prolongada ou duradoura burla às garantias da Constituição.

tividade *in mitius*, desatende ao princípio de *santidade da res judicata*, ainda quando não se trate de *abolitio criminis*. Não lhe assiste razão. Nos *altares* do direito penal, a coisa julgada é *santa* de prestígio muito relativo. Nem o critério de módica restrição do Código de 40 à retroatividade *in mitius* decorrera de respeito à *res judicata*, pois esta, evidentemente, não pode servir de *tabu* imperativo do *favor libertatis*. Inspirou-o, exclusivamente, uma consideração de ordem prática, como, aliás, salientou o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de Motivos*: “Evita-se com ele uma extensa e complexa revisão ou *ajustamento* de processos já ultimados”.⁸

11. Lei nova mais favorável. A lei posterior apresenta-se mais favorável que a lei anterior, para o efeito de retroatividade,⁹ não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu. Pode isto ocorrer, notadamente, quando:

a) a pena cominada atualmente ao crime é mais branda, quanto à sua natureza, que a da lei anterior;

b) a pena atual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução;

⁸ Não é outra a razão por que os Códigos Penais em geral mandam, fora do caso de *abolitio criminis*, respeitar a coisa julgada. Já advertia VON BAR (ob. cit., I, pág. 90): “... eben nur praktische Schwierigkeiten der Rückwirkung des milderer Gesetz hier (isto é, fora do caso de *abolitio criminis*) entgegenstehen, und dass die res judicata im Strafrechte keineswegs diesselbe Bedeutung hat wie im Zivilrecht; von einer notwendigen stabilität eines durch Urteil festgestellten Rechtsverhältnisses kann im Strafrecht nicht die Rede sein” (“... tão-somente dificuldades práticas opõem-se, aqui, à retroatividade da lei mais benigna, pois a *res judicata* em direito penal não tem a mesma importância que em direito civil; não há “falar-se, em direito penal, de uma necessária estabilidade de relações jurídicas assentadas por um julgamento”).

⁹ Ao que opina RAGGI (ob. cit., pág. 61), a lei em período de *vacatio* não deixa de ser lei posterior, devendo, pois, ser aplicada desde logo, se mais favorável ao réu. É bem de ver, porém, que quando se fala em lei posterior, se entende a lei que passou a vigorar em substituição a outra.

c) o *quantum* da pena *in abstracto* é reduzido ou, mantido esse *quantum*, o critério de sua medida *in concreto* é menos rígido que o da lei anterior;

d) são reconhecidas *circunstâncias* que influem favoravelmente na gradação ou medida da pena (atenuantes, causas de especial diminuição de pena ou condições de menor punibilidade), alheias à lei anterior, ou suprime *agravantes* ou *majorantes* (qualificativas, causas de especial aumento de pena ou condições de maior punibilidade);

e) institui *benefícios* (no sentido da eliminação, suspensão *ab initio* ou interrupção da execução da pena) desconhecidos da lei pretérita, ou facilita sua obtenção;

f) cria causas extintivas de punibilidade ou torna mais fácil o seu advento;

g) estabelece condições de processabilidade que a lei anterior não exigia;

h) acresce as causas de irresponsabilidade penal, de isenção de pena, de exclusão de crime ou de culpabilidade;

i) exclui ou atenua penas acessórias;

j) suprime a concessibilidade de extradição.

Examinaremos cada um desses casos, de per si; mas, preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma *terceira* lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação *combinada* das duas leis.

Há casos em que é intuitiva a *maior benignidade* da lei nova (*abolitio criminis*, mera redução simultânea do *minimum* e *maximum* da pena cominados *in abstracto*, exclusão de responsabilidade, simples abreviação de prazo prescricional, etc.). Outros há, porém, em que a verificação do *minus* de rigor somente pode ser reconhecido após o exame do complexo dos dispositivos (especiais e gerais) da lei nova, em confronto com os da lei anterior. Tem-se de apurar o resultado da aplicação hipotética dos critérios do novo sistema jurídico

e cotejá-lo com o alcançado ou alcançável, no mesmo caso, dentro do sistema antigo. As duas leis devem ser consideradas *incindíveis* em si mesmas e *distintamente*, em relação ao caso *de quo agitur*.¹⁰

12. “Abolitio criminis”. É a hipótese do art. 2.º do Código: a lei nova exclui da órbita do ilícito penal o fato an-

¹⁰ O Código de Defesa Social cubano expressamente declara no seu art. 4.º: “*Para la determinación de la relativa severidad de las leyes se estará a la comparación entre las sanciones, que resultare de la práctica aplicación de las disposiciones de cada una de dichas leyes, teniéndose en cuenta el resultado concreto de esa aplicación al caso de que se trata*”.

Entre nós, J. FREDERICO MARQUES (*Curso de Direito Penal*, 1954, vol. I, págs. 191-192), invocando a opinião de ROUBIER e PETROCELLI e chamando à coleção o art. 141, § 29, da Constituição vigente, impugna, na espécie, a proibição da *lex tertia*. “Se o juiz, diz ele, pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas para assim aplicar mais retamente a Constituição.” E prossegue: “Se lhe está afeto “escolher o “todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais “provável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um “todo e parte de outro para cumprir uma regra constitucional que “deve sobrepair a pruridos de lógica formal... A verdade é que “não estará retroagindo a lei mais benéfica se, para evitar-se a tran-“sação e o ecletismo, a parcela benéfica da lei posterior não for “aplicada pelo juiz...”. Não procede a argumentação. O preceito constitucional manda retroagir a *lei penal* mais benéfica ao réu, e não aquele de seus dispositivos que, isoladamente, se apresente mais benéfico que o correspondente da lei anterior. Não se pode tomar a parte pelo todo. *In civile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere*. Os dispositivos de uma lei se completam e se condicionam mutuamente, entrosando-se num sistema orgânico e irrepártivel, e é, de todo, incurral que se destaque um deles como *ens* autônomo, truncando-se tal sistema. BASILEU GARCIA (*Instituições de Direito Penal*, vol. I, t. I, pág. 148), que defende certo *temperamento* à proibição da *lex tertia*, refere-se ao *exemplo* dado pelo art. 16 da Lei de Introdução ao Cód. Penal; mas aí foi uma lei que permitiu a combinação de determinadas leis sucessivas, e a lei tem o poder milagroso de fazer *de albo nigrum et de quadro rotundum*.

teriormente incriminado (ex.: o Código atual já não mais incrimina a *sedução* de mulher maior de 18 anos). Em tal caso, o processo é *trancado*, e se já houve sentença condenatória, cessam a sua execução e efeitos penais. O fato, como crime, deixa de figurar na vida pregressa do réu. À parte as conseqüências jurídicas de natureza civil, o réu é restituído ao *statu quo ante*: seu nome é riscado do rol dos culpados, e a condenação, quando intercorrente, é declarada nenhuma, não podendo, assim, de futuro, influir para o reconhecimento de *reincidência* ou como elemento desfavorável na medida da pena de crime que venha, acaso, posteriormente a praticar.

A *abolitio criminis*, desde que a lei nova entra em vigor, é de ser reconhecida e declarada, *de plano*, quer na primeira, quer na segunda instância.

Às vezes, a lei nova muda o título do crime, passando a considerá-lo, *a priori*, de menor gravidade, quando não o degrada para simples *contravenção*. Assim, o Código atual, diversamente do Código anterior, não mais considera *estupro* (por presunção de violência) a conjunção carnal com mulher entre os 14 e 16 anos; mas, em determinadas condições, incrimina-a a título de *sedução* ou *corrupção de menor*. A “posse de instrumentos próprios para furto ou roubo” deixou de ser crime (Código de 90, art. 361) para ser “contravenção” (Lei das Contravenções Penais, art. 25). Em tais casos, como é óbvio, a incriminação não deixa de existir, embora mais benigna a sanção penal;¹¹ de modo que, mais propriamente, essas hipóteses devem ser incluídas na casuística da “pena menos rigorosa”.

13. Mudança de natureza da pena. A pena pode atingir a *liberdade* ou o *patrimônio* (não conhecendo o nosso direito penal comum a pena de morte): muito menos grave é a pena pecuniária (multa), em cotejo com a restritiva de li-

¹¹ Dá-se, porém, *abolitio criminis* quando o crime ficou em fase de tentativa e a lei posterior passou a considerá-lo como mera *contravenção* (pois não é punível a *tentativa de contravenção*).

berdade, pois esta é um *bem jurídico* sensivelmente mais relevante que o patrimônio. Pode, entretanto, acontecer que, dadas as precárias condições econômicas do réu, o cumprimento de prisão por breve prazo seja mais favorável que o pagamento de pesada multa. Assim, nem sempre deverá ser reconhecida a *maior benignidade* da pena *in cere*, isto é, não deve ser admitida como um conceito apriorístico e invariável. No caso de ser a pena *in corpore* substituída pela de multa, mas permitindo a lei nova a conversão desta em privação de liberdade, é bem de ver que o *quantum* ou duração desta não poderá exceder ao que seria aplicável *in concreto* segundo a lei anterior.

14. Pena menos rigorosa quanto ao modo de execução. A pena, embora da mesma natureza, pode variar quanto ao rigor de sua execução. Assim, a pena privativa de liberdade será mais ou menos grave conforme a maior ou menor severidade do seu *modus exequendi*. Em nosso sistema penal, a *prisão simples* é menos grave que a *detenção* e esta, por sua vez, é menos grave que a *reclusão*, tendo-se em conta o gradativo rigor da execução. Deve notar-se, porém, que se a lei nova substitui uma pena por outra de maior rigor na sua execução, mas de menor duração ou quantidade, poderá esta ser reconhecida como mais benigna, se grande é a redução de tempo ou quantidade. Com o modo ou sistema de execução da pena detentiva não dizem as medidas regulamentares de disciplina carcerária ou de administração interna da prisão, que, assim, escapam à proibição de aplicação imediata ou *ex nunc*. Também não suscitam questão de direito transitório certas obrigações *ex lege*, que não são propriamente pena, como a diminuição ou mesmo abolição de salário do condenado, ou aumento da quota pertencente ao Estado, a título de compensação de despesas ou menor sacrifício do erário com o custeio do estabelecimento carcerário.

15. Redução quantitativa da pena. A lei nova pode limitar-se a reduzir o mínimo ou o máximo da pena ou ambas

simultaneamente, de modo que a sua maior benignidade, em confronto com a lei antiga, é reconhecível *prima facie*. Pode dar-se, porém, a hipótese de serem conservados os graus extremos da mesma pena, mas ser atenuada a primitiva rigidez da medida desta *in concreto*. Assim, em face do Código anterior, estava o juiz adstrito, na fixação da pena, a intratáveis critérios legais, enquanto que, pelo atual sistema de *individualização*, tem relativo arbítrio. Ora, se se verifica, em face do Código vigente, que a pena aplicada ou aplicável no caso concreto, segundo o Código revogado, é excessiva, a retroatividade daquele tem de ser admitida.

Suponha-se, agora, que a lei nova reduza o mínimo, mas eleve o máximo, ou *vice versa*. Segundo a doutrina francesa, a lei nova, na primeira hipótese, é mais severa que a antiga e, na segunda, mais benigna. Tal solução, porém, importaria, as mais das vezes, em aplicar-se ao réu pena mais grave que a do *tempus commissi delicti*, pois, como justamente observa TRAEGER,¹² a pena aplicável *in concreto* aproxima-se mais freqüentemente do mínimo do que do máximo. Não se pode operar tendo em vista as penas *in abstracto*. A decisão justa é proceder-se à distinta aplicação hipotética de cada uma delas ao caso vertente, para ver qual a que resulta mais benigna.

16. Modificativos da pena. A lei posterior pode não alterar a pena cominada *in abstracto* pela lei anterior, mas admitir, *ex novo*, *atenuantes* ou *minorantes*, ou eliminar *agravantes* ou *majorantes*. Sua maior benignidade, em tais casos, não padece dúvida. Pode ocorrer que a lei nova deixe de reconhecer tal ou qual circunstância como *agravante genérica*, mas tomá-la em consideração como *agravante especial* ou *qualificativa* de determinado crime. Assim, o Código atual deixou de incluir o “ajuste” na casuística do seu art. 44, mas torna *qualificado*, por exemplo, o furto, quando cometido com o concurso e presença de duas ou mais pessoas

¹² Ob. cit., pág. 363.

conluídas. Suponha-se que um réu tenha sido condenado no grau máximo da pena cominada a esse crime pelo Código de 90, porque, na ausência de atenuantes, haja ocorrido o “ajuste”. Perante o Código vigente, influenciando tal circunstância (seguida da efetiva presença dos co-réus no local do crime) na *qualificação* do crime, e não na *gradação* da pena, podia ser quantitativamente menor a pena aplicável *in concreto*; de modo que, em tal hipótese, se impõe a retroatividade para o fim de reajustamento da pena.

17. **Benefícios.** A lei nova pode criar *benefícios*, no sentido de permitir, em determinados casos e sob certas condições, o não pronunciamento de condenação ou não aplicação da pena (*perdão judicial*), ou a suspensão total ou parcial (interrupção) da efetiva execução da pena (suspensão condicional da pena, livramento condicional), ou tornar mais extensivos os *benefícios* que a lei anterior já concedia, ou de mais fácil implemento as condições requeridas. Em qualquer caso, é mais favorável ao réu, mesmo quando a pena aplicável ou aplicada segundo a lei antiga seja qualitativa ou quantitativamente menos severa que a da lei nova.¹³ A

¹³ Quando foi da entrada em vigor do Código atual, suscitou-se questão sobre a retroatividade de seus dispositivos em matéria de *livramento condicional*, não obstante mais restritivos que os do antigo Código. Contestando opinião de ROBERTO LIRA (expedida em comunicação feita à Sociedade Brasileira de Criminologia), no sentido da retroatividade, assim nos pronunciamos: “Ao que se inculca, o preceito constitucional, ao vedar a aplicação da lei penal *ex post facto*, somente se refere a penas agravadas *na lei*, e não à sua *execução*. É como se tivesse sido desvinculada a *parte especial* da *parte geral* do diploma jurídico-penal, de modo que a pena *cominada* ficaria, como pura abstração, alheada à materialidade de sua *execução*. Só haveria falar-se em *pena* quando de sua *cominação* legal. Não se sabe ao certo o que viria a ser a pena abstraída do conteúdo de fato do seu regime de execução, mas a ilação exegética é peremptória: a *execução* da pena nada tem a ver com a *cominação* dela e, conseqüentemente, quanto àquela, a lei pode ter *oculos retro*. Assim, se uma pena detentiva era especificamente executada sem rigor aflitivo, não deixa de ter eficácia retroativa a lei *ex post facto*

conversão de uma pena em outra não impedirá o benefício nos casos pretéritos, se a lei anterior não o excluía. É este, aliás, o critério adotado pela Lei de Introdução ao atual Código (Dec.-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941).

18. Causas extintivas de punibilidade. Mais favorável, sem dúvida alguma, é a lei nova quando admite uma causa

prescreva seja a mesma pena executada com encerramento do que condenado na célula, a pão e água. Se a lei nova, ao contrário da vigente ao tempo do crime, admite a conversão da pena pecuniária em prisão, quando burlada a sua execução, a metamorfose pode ser feita retroativamente. Basta formular tais hipóteses para ficar evidente que a interpretação do preceito constitucional não é a que lhe empresta o Prof. LIRA... O livramento condicional — diz ele — é uma “fase da progressão penitenciária”, um “elemento do sistema de gradação”, uma “peça do mecanismo de adaptação ou readaptação”; mas, apesar de tudo isso, não passa de mero “incidente da execução”, alheio ao maior ou menor rigor da pena... Como pode ser indiferente ao rigor da pena uma etapa, um estágio de sua execução? Somente com tal paradoxo poderia o Prof. LIRA sustentar, *de jure condito*, que há um *direito penal executivo* destacado do *direito penal material*, e que as leis concernentes ao regime da pena não podem ser assimiladas às leis de incriminação ou de penalidade. Penalidade abstraída do seu regime não é coisa alguma. Não seria mais que um *flatus vocis*... Louvando-se na incontestável autoridade de ARMANDO COSTA, ROBERTO LIRA reconhece que a lei nova tem aplicação aos fatos anteriores quando estatui “um abrandamento de pena quanto à espécie ou à duração”. A *Exposição de Motivos* do ministro CAMPOS já acentuara a mesma coisa. Inversamente, portanto, a lei nova menos branda, quanto à espécie ou duração da pena, não tem aplicação retroativa. Pergunta-se, então: como se conhece da maior ou menor brandura de uma espécie de pena, em cotejo com outra da mesma duração, senão pelo respectivo modo de execução? E será que entre duas penas cominadas ou impostas por igual tempo, mas uma permitindo e outra excluindo ou restringindo o livramento condicional, não seja a segunda a mais rigorosa, quanto à espécie e *efetiva* duração? Negá-lo valeria por desconhecer o que seja o livramento condicional. É este um *corretivo* da pena de longa duração que, verificadas certas condições prefixadas na lei, se apresente excessiva ou desnecessária (por presunção de emenda do condenado e de sua superveniente compatibilidade com a vida

extintiva de punibilidade, de que não cogitava a lei antiga. Assim, no tocante à *reabilitação* (desconhecida do Código de 90), o Código atual tem efeito retroativo, isto é, abrange as *penas acessórias* decorrentes de condenações anteriores à sua vigência.

Também retroativa é a lei nova, por mais benigna, quando *facilita* a superveniência de causas de extinção de punibili-

livre). Transmuda em liberdade, embora vigiada e a título precário, o restante da pena detentiva. É a cessação *sub conditione* da efetiva punição. É uma renúncia condicional do *jus puniendi* por parte do Estado, em benefício da liberdade individual. É um *favor libertatis*. A lição de MANZINI (*Trattato*, I, pág. 336), embora axiomática, deve ser transcrita aqui: "Quanto aos *benefícios* de que pode gozar o réu, a lei mais favorável é a que permite a concessão deles, ainda que a outra, que a não permite, comine pena inferior à da primeira". Tal o relevo de benignidade que à pena imprime o livramento condicional, que um dos casos *excepcionais* em que as disposições transitórias do Código Penal suíço (art. 336, c) ordenam que a *lex mitior* retroaja com subversão da própria *res judicata* é o referente ao livramento. Para apoio de sua tese, o eminente professor chama à colação o art. 19 da Lei de Introdução ao Código Penal, que, ao definir os casos de pena menos rigorosa, não faz referência a livramento condicional. Ora, simplíssima é a razão do silêncio: em caso algum o Código concede livramento condicional onde a antiga legislação não o concedia (em certos casos, é o inverso que se dá), e as condições a que o subordina são mais rigorosas. É bem de ver que a Lei de Introdução não podia cuidar de hipótese irrealizável, qual a de menor rigor do Código, confrontado com a lei transata, em matéria de livramento. Não é mais feliz o Prof. LIRA quando se socorre do art. 15 da dita Lei de Introdução e assim argumenta: "A lei somente se refere à suspensão condicional, no assegurar-lhe o cabimento de acordo com a lei anterior. Dir-se-á que assim o fez, porque só o *sursis* está em função da qualidade da pena privativa de liberdade. Também o livramento condicional é incompatível com a prisão simples, cumprida sem rigor penitenciário". Na verdade, o art. 15 somente cogita do *sursis*, porque, determinada a substituição de penas no art. 12, poderia ser entendido que se devesse negar tal benefício no caso em que a pena substituta, na sistemática do Código e em divergência com a lei anterior, o excluísse. A objeção a este argumento é surpreendente: não pode ser essa a razão, porque o livramento não é concessível no caso de prisão simples e, no en-

dade já anteriormente previstas, como quando, por exemplo, abrevia o prazo da *prescrição*. Em matéria de *prescrição*, o Código atual aumentou, em geral, os prazos estabelecidos no Código anterior e, além disso, acresceu os casos de *interrupção*, de sorte que, na inovação *in pejus*, não tem efeito retroativo.

Suponha-se que a lei nova, ao mesmo tempo que aumenta o prazo da *prescrição*, mitigue a pena, ou, ao contrá-

tanto, o art. 15 faz dele caso omissis. Há de permitir o exímio penalista que eu lhe oponha a mais formal contradita, no tocante à exclusão do livramento no caso de prisão simples. A Lei das Contravenções Penais, no seu art. 1.º, declara que se aplicam às contravenções “as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso”. Onde, em que escaninho dessa lei se exclui, expressa ou implicitamente, o livramento condicional estatuído como *regra geral* pelo Código? Entende o Prof. LIRA que foi ele implicitamente abolido, na parte geral da dita lei, quando se diz que “a prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário” e porque aí somente se cuida da suspensão condicional, não se fazendo menção alguma do livramento. Ora, o livramento é uma medida destinada, não a quebrantar ou a anular o *rigor penitenciário*, mas a afastar o condenado, da prisão para a vida livre, de modo que, *conceitualmente*, a prisão simples o admite. Seria de fazer bradar desde a terra até o céu que, concessível o livramento ao condenado a reclusão ou detenção, não o fosse ao condenado a prisão simples. Esta é menos severa que a detenção, como esta, por sua vez, o é menos que a reclusão, porque a lei, com tal gradação, entendeu de afeiçoar a pena ao limite variável de sua *necessidade*, que não se apresenta apenas sob o ponto de vista da *repressão*, mas também sob o prisma finalístico da *correção*. O cálculo *a priori*, porém, pode resultar num *quantum* excessivo de pena, seja qual for a *qualidade* desta: o condenado, após determinado tempo de execução efetiva, pode dar provas de sincero arrependimento, de emenda, de reajustamento à ordem jurídico-social. Intervém, então, o livramento, como uma *retificação*. Seja qual for a espécie de pena detentiva, interrompe-se a continuidade de sua efetiva execução, para submeter-se o condenado à experiência de retorno à vida em liberdade. Não é outra a função do livramento que não está, *necessária* ou *indeclinavelmente*, adstrito a um regime específico de pena. Não é ele peculiar ao chamado *sistema progressivo*, que, aliás, o Código brasileiro somente adotou no tocante à *reclusão*, e assim mesmo

rio, diminua o prazo prescricional e agrave a pena. Se já houve condenação (antes da lei nova), aplica-se, no primeiro caso, a lei nova, quanto ao *efetivo* cumprimento da pena, mas, para o reconhecimento da prescrição, aplica-se a lei antiga. Não há, com isso, formação de *lex tertia*, mas aplicação *integral* da lei nova ou da lei antiga, conforme a hipótese ocorrente. Se o fato ainda não foi julgado, o juiz terá de aplicar, em relação à pena, no primeiro caso acima figurado, a lei

quando for possível. Tal seja o caso, o período *penitenciário* da reclusão pode ficar reduzido à continuidade de um só estágio, sem que fique, entretanto, prejudicado o livramento. A *Exposição de Motivos*, ao argumentar sobre o livramento na estrutura do *sistema progressivo*, teve em mira somente a pena principal do Código: não foi, nem podia ser seu intuito confinar o livramento dentro de tal sistema, pois, de outro modo, estaria negando o texto expresso e iniludível do mesmo Código. Se a Lei das Contravenções faz referência especial ao *sursis*, vem isso de que tinha de ser diminuído o limite de tempo da suspensão condicional fixada no Código Penal. Tão-somente por isso e para isso. A nenhuma alusão ao livramento nada mais significa que, quanto a este, na conformidade do art. 1.º da referida lei, prevalece a regra geral do Código. *De jure constituto*, é ocioso indagar, como faz LIRA, para resolver a questão de direito transitório em matéria de livramento, se este é instituto de direito material ou formal (ou de *lei substantiva* ou *adjetiva*, segundo a nomenclatura de BENTHAM, que foi o primeiro a indicar, nitidamente, a distinção). Ainda que fosse de direito formal (o que radicalmente se contesta), o nosso legislador achou de adotá-lo e discipliná-lo na lei penal material, que só retroage quando mais favorável, em cotejo com a lei anterior. *Tolitur quæstio.* É certo que o Cód. de Proc. Penal também cuida do livramento, mas apenas *complementarmente*, para regular detalhes processuais, sem afetar, de modo algum, a lei substantiva. Não foi arbitrariamente, entretanto, que o Código Penal avocou a si o livramento condicional. Tinha para isso razões de sobra. O livramento é uma causa condicional de extinção de punibilidade e representa, com as características de autêntico *direito subjetivo*, um interesse reconhecido ao indivíduo e tutelado pelo poder estatal. Não haveria de ser em lei processual que o Estado renunciasse, em determinado caso, embora *sub conditione*, ao efetivo exercício do seu *ius puniendi*. Não haveria de ser em lei de processo que o Estado instituisse uma medida que se consubstancia com a essência mesma da pena no direito moderno.

nova e, no segundo, a lei antiga; mas se a pena *menos grave* não pôde ser efetivamente executada, a lei mais favorável passa a ser a que estabelece menor prazo prescricional, de modo que o réu tem o direito de exigir, com fundamento no princípio da retroatividade benigna e sem embargo da *res judicata*, que se lhe aplique essa lei, ao invés da outra.

19. **Condições de processabilidade.** Se a lei nova converte um crime *de ação pública* em crime *de ação privada*

Segundo justamente ensina FALCHI (*Diritto Penale Esecutivo*, I, página 19), “o direito penal executivo, no que diz respeito às normas “que, nos seus caracteres fundamentais, determinam, modificam ou “extinguem o direito objetivo ou subjetivo a respeito da execução “da pena, entram na órbita do direito penal substantivo”. O Prof. LIRA impugna formalmente que o livramento condicional importe um *direito*, em relação ao condenado. Depois de acentuar que “o liberado é chamado a declarar (art. 723 do Cód. de Proc. Penal) se *aceita* as condições, tanto vale dizer se *aceita* o benefício”, formula a seguinte pergunta: “*Aceita-se* um direito?” Mas evidentemente que sim. Um direito (notadamente quando subordinado seu exercício a tais ou quais condições) pode ser aceito, como pode ser recusado. Mesmo nos casos em que a aquisição do direito independe de manifestação de vontade do titular, não é este obrigado a exercê-lo, pois, do contrário, deixaria de haver um *direito* para apresentar-se um *dever*. Outro argumento do Prof. LIRA: “Constituisse direito o livramento, caberia *habeas corpus* de sua denegação e, no entanto, é previsto no caso recurso ordinário”. Ora, não é exato que o recurso ordinário não proteja *direitos*. O aludido critério legal não teve outra razão senão esta: a concessão do livramento depende de longa apreciação de fatos e exame de provas, de modo que seria imprudente decidir sobre ela num recurso que se processa *levato velo*, qual o de *habeas corpus*. O argumento central, porém, em favor da tese de que não se trata, na espécie, de um direito, é o de que a lei dispõe que o juiz “*pode* conceder o livramento condicional” (art. 60 do Código Penal). Ora, não há deduzir-se daí que a outorga do livramento é ato de *puro e ilimitado* arbítrio do juiz. Se assim fosse, redundaria em completo disparate o recurso que a lei assegura contra o despacho que o denega. O caráter potestativo da norma penal quer apenas exprimir que o livramento não é obtido *automaticamente*, ou pela singela e sumária constatação de tais ou quais condições objetivas, pois deve preceder acurado exame

ou, diversamente da lei anterior, subordina a *ação pública* à *representação* ou *requisição*, cria, certamente, uma situação de favor para o réu e, assim, mesmo em relação aos fatos pretéritos, a ação penal não pode ser intentada sem as ditas condições de processabilidade (queixa, representação, requisição), e se já está em curso a ação do Ministério Público, não prosseguirá, salvo, no caso de exigência de representação ou requisição, se o respectivo titular a apresentar no prazo legal,

judicial no sentido de verificar se, *in concreto*, o implemento dessas condições faz realmente presumir que o condenado pode regressar ao convívio social. Argumenta ainda o apreciado penalista que o *destinatário* da norma do art. 60 do Código é *exclusivamente* o juiz. A questão sobre quem seja o *destinatário* da norma penal é uma dessas sutilezas e frivolidades em que se comprazem os *benedictinos* do *tecnicismo jurídico* ou, para usarmos uma expressão do próprio LIRA, os “burocratas do direito penal”. Toda norma penal é formulada *erga omnes*. Nem pode haver dúvida a tal respeito. FERRI (chefe da “escola” a que se filia o Prof. LIRA) desacreditou o tema relativo ao *endereço* da norma penal com estas palavras: “*Per questo esaggerato indirizzo di astrazionismo logico, qualsiasi senso della realtà resta smarrito*” (*Principii*, 1928, pág. 89). O livramento condicional é, em relação ao condenado, inquestionavelmente, um direito: direito ao benefício, à recompensa da liberdade antecipada. Ao cometer o crime, no regime de uma lei penal que concede o livramento, surge para o réu a obrigação de sofrer a pena que lhe venha a ser imposta, mas, também, simultaneamente, o direito de, ao fim de certo tempo, e preenchidas as condições prefixadas na lei, obter que lhe seja dispensado o efetivo cumprimento do restante da pena. É o direito de não ser privado de sua liberdade além de certo tempo de execução parcial da pena e desde que satisfeitos os demais requisitos legais. Com irrefutável acerto, advertem VIDAL e MAGNOL (*Cours de droit crim.*, 1928, pág. 655): “*D’une manière générale, on est porté à considérer la libération conditionnelle comme une faveur de même nature que la grâce. C’est là une erreur; il est absolument nécessaire de lui rendre son véritable caractère de moyen d’amendement et de faire pénétrer cette idée que la présentation pour la libération conditionnelle est comme un droit que se crée tout condamné qui s’astreint à remplir certaines conditions*”. No mesmo sentido GARRAUD: não se pode dizer, com justeza, que o condenado tem as chaves da prisão nas mãos, se o livramento é considerado um simples favor, e não um

e sem prejuízo, no caso da metamorfose em ação privada, do direito de queixa, a ser exercido igualmente no devido prazo (contado, de regra, da data de entrada em vigor da nova lei), sob pena de *decadência*.¹⁴

Se na época do advento da nova lei, a ação penal pública já estava exaurida, não poderá ser alterada a situação, ainda quando o ofendido queira oferecer *perdão*, desde que tanto a lei antiga quanto a lei nova o proíbam, mesmo no caso de ação privada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

20. Causas excludentes de responsabilidade, de crime, de pena ou de culpabilidade. A *lex posterior* é aplicada retroativamente quando reconhece *ex novo* uma causa de incapacidade penal, uma descriminante, uma causa de isenção de pena ou de exclusão de culpabilidade. Assim, o Código de 40 regula os casos ocorridos antes de sua vigência (1 de janeiro de 1942), quando, alterando a legislação anterior, declara a total e irrestrita irresponsabilidade penal dos menores de 18

¹⁴ Vejam-se arts. 20, parág. único, e 21, parág. único, da Lei de Introdução ao Código Penal.

direito. Importando uma descontinuidade da efetiva execução da pena, o livramento torna esta *menos rigorosa* e é, portanto, intangível por lei *ex post facto*, que o suprima ou restrinja, o que vale dizer: é um direito que adquire o delinqüente... Convenhamos, porém, apesar de tudo, que o livramento condicional não importe um direito para o condenado, mas uma *faculdade discricionária* para o juiz. Nem assim poderia ter melhor êxito a tese de ROBERTO LIRA. Porque bastaria, para desprestigiá-la, este singelo, mas irresponsível raciocínio de LUÍS RAGGI (*Della legge penale e della sua applicazione*, pág. 63): "... non si vede perchè la possibilità dell'esercizio d'una facoltà discrezionale favorevole all'imputato non costituisca una mitigazione della legge penale". Entre poder o condenado obter eventualmente o livramento e não ter de modo algum essa possibilidade, é claro que na primeira hipótese a pena é menos rigorosa que na segunda, e, assim, a lei nova que retira o livramento, nos casos em que a lei anterior o permitia, ou tornava mais difícil a sua obtenção, não pode, por argumento *a contrario* do parág. único do art. 2.º do Código Penal, *andar de costas*".

anos ou imprime elasticidade aos conceitos de *legítima defesa* e *estado de necessidade*, ou atribui efeito parcialmente extintivo de punibilidade ao *arrependimento eficaz*, ou admite as chamadas “discriminantes putativas” como causas excludentes do dolo, ou rejeita a culpa *ex lege* ou o *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* (para consagrar incondicionalmente o *nulla pœna sine culpa*), ou não equipara os crimes preterdolosos aos dolosos.

21. **Penas acessórias.** Os dispositivos da *lex nova* sobre penas acessórias, desde que mais favoráveis em cotejo com os da lei antiga, são irrestritamente retroativos.¹⁵ Já nos referimos acima à *reabilitação*, que é uma causa extintiva de penas acessórias. Do mesmo modo, estejam ou não julgados os *facta præterita*, são estes abrangidos pelos novos preceitos que mitiguem, qualitativa ou quantitativamente, as penas acessórias. Cumpre notar que, não havendo senão pequena desproporção entre as *penas principais* da lei nova e as da lei antiga, ou nos casos de dúvida sobre qual seja a mais benigna, poderá ser decisiva a consideração das correspondentes penas acessórias.

22. **Exclusão de extradição.** É sem dúvida um *favor rei* a superveniente proibição de extradição. Retroativa é, portanto, a lei nova que a prescreva, e isto sem embargo de tratados ou convenções internacionais em sentido contrário, pois estes só valem quando ratificados por lei de direito interno, em cuja esfera nada impede que uma lei seja revogada por outra, atribuindo-se a esta efeito retroativo quando importe um *favor libertatis*.

23. **Casos duvidosos.** Nos casos de irreduzível dúvida sobre qual seja a lei mais favorável, deve ser aplicada a lei nova somente aos casos ainda não julgados. Os Códigos mexicano de 1871 e espanhol de 1928 dispunham que “*en caso de duda sobre la ley más favorable deberá ser oído el reo*”.

¹⁵ Vejam-se arts. 8.º a 11 da Lei de Introdução ao Código Penal.

Tal solução já fora proposta por ZACHARIAE, e modernamente a defendem DORADO e CUELLO CALÓN, como a mais racional, pois “ninguém melhor que o réu para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas”. A jurisprudência norte-americana admite esse critério de decisão ¹⁶ e perante o nosso Código não há razão para recusá-lo.

24. Tempo do crime. A determinação do *tempo do crime* não é questão pacífica, quando a *ação* (ou *omissão*) e o *resultado* se separam cronologicamente. Ora se entende que deve ser o tempo da ação (*teoria da atividade*), ora o tempo do resultado (*teoria do efeito*), ora o tempo da ação ou o do resultado, indiferentemente (*teoria mista*). É controversia idêntica à que se suscita a respeito do *lugar do crime* (veja-se n.º 34), em se tratando de *crimes à distância*, (em que a ação ocorre num país e o resultado noutra). Não é aceitável o critério que faz coincidir o tempo do crime com o de seu resultado, notadamente quando a lei intercorrente (sobrevinda no período entre a ação e o resultado) incrimina *ex novo* o fato (entendido este como soma de ação e resultado específico). Se uma ação é lícita ao tempo em que foi empreendida, necessariamente lícito é o resultado, ainda que este venha a ocorrer na vigência da incriminadora *lex nova*. Nem se argumente que o tempo do resultado é o que prevalece para determinar o *dies a quo* do prazo prescricional (artigo 111 do Código Penal), pois, em tal caso, pressupõe-se que ação e resultado hajam ocorrido sob a vigência da lei incriminadora. HAFTER ¹⁷ e LOGOZ ¹⁸ sustentam que o critério de determinação do *tempus delicti* deve ser análogo ao de fixação do *locus delicti*. *Prevalente*, quanto a este, a teoria da *ubiquidade* (lugar do crime é tanto o lugar em que ocorreu total ou parcialmente a ação, quanto o lugar em que sobreveio o resultado), segue-se analogicamente que o *tempus delicti* tanto é o da ação quanto o do resultado.

¹⁶ WHARTON, *A treatise on criminal law*, 1896.

¹⁷ *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, 1946, pág. 92.

¹⁸ *Commentaire du Code Penal suisse*, 1939, pág. 8.

Assim, perante o nosso Código, que adotou a teoria da ubiqüidade quanto aos crimes à distância no plano internacional, a questão do tempo do crime estaria resolvida: tanto é o momento da ação quanto o do resultado. Esta solução, sob o ponto de vista prático, não ofereceria inconveniente, desde que assegurada, como reclamam seus defensores, a ir-retroatividade desfavorável da lei intercorrente. É de ponderar, porém, que, sobre não permitir a lei penal aplicação analógica, inexistente, na espécie, a pretendida analogia. Na hipótese dos crimes à distância, mesmo no plano internacional, não se apresenta um *conflito* de leis, pois, conforme acentua NINO LEVI,¹⁹ “esclarecido que no chamado direito internacional se aplica sempre uma só lei (a nacional), é evidente que “o verdadeiro princípio da ubiqüidade conduz à aplicabilidade, não de duas leis, uma das quais exclua logicamente “a outra, mas de uma mesma lei (a nacional) em dois casos”. O juiz, quer do lugar da ação, quer do lugar do resultado, aplica exclusivamente a lei nacional, sem cuidar da lei estrangeira. No caso de determinação do *tempus commissi delicti*, porém, há duas leis em contraste, uma das quais o juiz terá de escolher, para atender o princípio da retroatividade benéfica. A diferença entre uma hipótese e outra é sensível.

A teoria aceitável, a que decorre como corolário mesmo do princípio da *anterioridade* da lei penal, é a *da atividade*. Como diz VON BAR (ob. cit., pág. 81), desde que a lei penal é destinada a agir sobre a *vontade*, deve ser dada ao indivíduo a possibilidade de conhecê-la; de modo que, logicamente, o tempo do crime não pode ser outro senão o tempo da ação, isto é, o tempo do *ato de vontade* (*Willensakt*).²⁰

¹⁹ Ob. cit., pág. 378.

²⁰ No mesmo sentido, GRISPIGNI e BATTAGLINI. Este último (*Diritto Penale*, 1937, pág. 45) assim se exprime: “... è infatti più razionale assumere come decisivo il tempo in cui è posta in essere la condotta. La legge penale è diretta a influire sulla volontà, ed è appunto il momento dell'azione quello in cui si ha la manifestazione di volontà che contraddice alla legge”.

Mesmo que a ação seja cometida quando já publicada a *lex nova*, mas ainda no seu período de *vacatio*, sobrevindo o resultado após o término deste, a solução não muda: deve entender-se que o fato, como um todo, sob o ponto de vista jurídico-penal, ocorreu ao tempo da lei antiga, que ainda não perdera o vigor ao tempo da ação.

25. Crimes permanentes e continuados. O *crime permanente* (em que a atividade antijurídica, positiva ou negativa, se protraí no tempo) incide sob a lei nova, ainda que mais severa, desde que prossiga na vigência dela a *conduta* necessária à *permanência* do resultado. É que a cada momento de tal *permanência* está presente e militando, por ação ou omissão, a vontade do agente (ao contrário do que ocorre nos *crimes instantâneos com efeitos permanentes*), nada importando assim que o “estado de permanência” se haja iniciado no regime da lei antiga, ou que esta incriminasse, ou não, o fato. Em relação ao *crime continuado* (pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva), se os atos sucessivos já eram incriminados pela lei antiga, não há duas *séries* (uma anterior, outra posterior à lei nova), mas uma única (dada a unidade jurídica do crime continuado), que incidirá sob a lei nova, ainda mesmo que esta seja menos favorável que a antiga, pois o agente já estava advertido da maior severidade da sanção, caso persistisse na “continuação”. Se, entretanto, a incriminação sobreveio com a lei nova, segundo esta responderá o agente, a título de crime continuado, somente se os atos posteriores (subseqüentes à entrada em vigor da lei nova) apresentarem a homogeneidade característica da “continuação”, ficando inteiramente abstraídos os atos anteriores.

26. Leis intermédias. Pode ocorrer que entre a data do crime e a do julgamento se sucedam várias leis, e que uma lei intermédia, mitigante da sanção, tenha sido revogada pela lei atual (isto é, vigente na época do julgamento),

retornando esta à antiga ou maior severidade. A última lei não terá efeito retroativo, pois o réu já adquiriu direito ao favor da lei intermédia. Decidir o contrário seria contrariar o princípio da extra-atividade da *lex mitior*. Como disserta o ministro CAMPOS na sua *Exposição de Motivos*, nem há necessidade de declarar expressamente na lei que “no caso de “sucessão de várias leis, prevalece a mais benigna, pois é evidente que, aplicando-se ao fato a lei posterior somente quando favorece o agente, em caso algum se poderia cogitar da “aplicação de qualquer lei sucessiva mais rigorosa, porque “esta encontrará o agente já favorecido pela lei intermédia “mais benigna”.

27. Leis penais em branco. Segundo a incensurável lição de MANZINI,²¹ as *leis penais em branco* (veja-se n.º 7) não são revogadas em consequência da revogação de seus *complementos* (outra norma legal ou regulamentos, portarias ou editais expedidos pela autoridade administrativa, e condicionantes de sua aplicação). Não obstante a cessação destes, continuam elas em vigor, apenas faltando os elementos *ocasionais* para sua ulterior aplicação. A circunstância de que, com a cessação dos *complementos*, deixam de ser aplicáveis, somente diz com o futuro.²² Este justo critério de decisão foi adotado pela 3.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a propósito de violação de “tabelas de preços”, sendo que, no caso, a mercadoria, pela qual se cobrara preço abusivo, deixara, ao tempo do julgamento, de figurar entre

²¹ *Trattato*, I, pág. 325.

²² Entende von BAR (ob. cit., I, pág. 78) que, em tal caso, o que se pune é a simples *desobediência* à norma *a latere* ou ato administrativo complementar, e a transgressão se apresenta e permanece como *desobediência*, não obstante a variação do conteúdo da proibição ou mandamento (“*Hier kommt die Handlung nicht in ihrer sonstigen konkreten Entscheidungsform, sondern lediglich als Ungehorsam in Betracht, und Ungehorsam war es und bleibt es, mag die zuständige Behörde oder die Gesetzgebung selbst heute diese, morgen jene Handlung bei Strafe verbieten oder gebieten*”).

as de preço controlado. O acórdão (por mim relatado) assim se pronunciou: "Trata-se na espécie de *lei penal em branco*", cujo conteúdo é completado por ato administrativo (regulamentos, portarias, editais), mas que persiste em vigor ainda que venha a cessar esse elemento ocasional, continuando a ser puníveis os fatos anteriores a essa cessação. "Não pode ser suscitada, aqui, questão de direito transitório, pois que não há sucessão de leis, isto é, a norma penal não é revogada, mas apenas vem a faltar, temporariamente, ou não, para o futuro, a eventualidade condicionante da aplicação da pena. É a pacífica lição doutrinária. Repetindo-a, MANZINI formula um exemplo que vem a propósito no caso vertente: "Assim, se alguém vendeu mercaderias a preços superiores aos fixados na tabela oficial, é punível pelo relativo crime, ainda quando, na ocasião do julgamento, tais preços, por efeito de sua periódica revisão, tenham sido levados ao nível naqueles pelos quais se fez a venda abusiva".

28. Leis interpretativas ou corretivas. Nem mesmo as leis destinadas a explicar ponto duvidoso de outras leis, ou a corrigir equívoco de que estas se ressintam, podem retroagir em desfavor do réu. Se o próprio legislador achou que a lei anterior (interpretada ou emendada) era de difícil entendimento ou continha erro no seu texto, não se pode exigir do réu que a tivesse compreendido segundo o pensamento que deixou de ser expresso com clareza ou exatidão.

29. Medidas de segurança e direito transitório. Em face do nosso Código, fogem ao rigorismo da *anterioridade da lei* as *medidas de segurança*. A aplicação destas pressupõe a prática de fato legalmente definido como crime (salvo nos casos a que se refere o parágrafo único do art. 76), e o juiz não pode *criá-las* (isto é, aplicar outras que não as prescritas em lei); mas a lei que as prescreve tem irrestrito efeito *imediato*. Dispõe o art. 75 que "as medidas de segurança regem-se pela lei vigente *ao tempo da sentença*, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente *ao tempo da execução*". Explica-se:

o fundamento específico da medida de segurança é a *periculosidade subjetiva* do indivíduo, isto é, um *estado que perdura*, que *permanece*; de modo que, como é óbvio, não se pode dizer *ex post facto* a lei que procura conjurá-lo, enquanto está *persistindo*. A medida de segurança não se aplica ao indivíduo pelo que ele fez, mas pelo que ele é, pelo que atualmente *continua sendo*. Medida de segurança, aliás, não é *pena* (nada tendo a ver, portanto, com a *ceusura do nulla poena sive praevia lege*). Há profunda diferença entre uma coisa e outra. A pena é, precipuamente, um *castigo* ou um *mal* infligido ao indivíduo (responsável) que violou a lei (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*); a medida de segurança, ao contrário, é um *meio de cura* ou de *reeducação*, despido de caráter *expiatório* ou *aflictivo*, tendente a recuperar o indivíduo (responsável ou não) para o seu próprio bem e para o bem da sociedade.

30. **Leis excepcionais ou temporárias.** O princípio da *retroatividade benigna* da lei penal, ainda quando incluído entre as *garantias individuais*, como acontece atualmente no Brasil (Constituição de 1946, art. 141, § 29), não é irrestrito. Sob pena de conduzir *ad absurdum*, não pode ser aplicado quando a *lex gravior*, diversamente da posterior *lex mitior*, seja das chamadas *temporárias* ou *excepcionais*, entendendo-se como tais as que são editadas para atender a anormais condições da vida social (locais ou gerais) e têm o prazo de vigência prefixado no seu próprio texto ou subordinado à duração do excepcional estado de coisas que as ocasiona. Ainda no caso (mais freqüente) de maior severidade dessas leis, em cotejo com a lei *ordinária* ulteriormente restituída à plenitude de sua vigência, sobrevivem elas à extinção da própria obrigatoriedade.²³ É o que dispõe (aliás, superfluamente) o

²³ As leis temporárias ou excepcionais dispensam, para sua revogação, o advento de uma nova lei: deixam automaticamente de vigorar com a expiração do prazo preestabelecido por elas mesmas (auto-revogação) ou com a cessação da situação anormal que as motivou (condição resolutive ou extintiva). V. PACIFICI-MAZZONI

art. 3.º do Código Penal brasileiro, inspirado nos Códigos italiano (art. 2.º, al. 3.ª), polonês (art. 2.º, § 3.º) e dinamarquês (art. 3.º, I, *in fine*) e nos projetos alemão de 1925 (§ 3.º) e francês (art. 6.º, al. 2.ª). Decidir-se de outro modo seria colocar essas leis em contraste com a sua própria *ratio*, além de que, praticamente, na quase totalidade dos casos, resultariam irrisoriamente inócuas. A severidade delas (confrontadas com a lei ordinária ou normal) em relação a tais ou quais fatos, incriminando-os *ex novo* ou exasperando sua punibilidade, correspondente à accidental gravidade ou maior gravidade que assumem esses fatos nas *presentes* condições sociais de caráter *extraordinário* (*in exemplis*: o estado de guerra ou de sítio, uma calamidade pública). A prática de qualquer desses fatos, enquanto duram tais condições exteriores de cunho excepcional, não pode ser jamais identificada com a prática do mesmo fato após o desaparecimento delas. Nem há distinguir, como queria FERRI,²⁴ entre lei *temporária* e lei *excepcional*, para admitir-se *ultra-atividade* à primeira e não à segunda. Tanto num caso como noutro, o fato é incriminado *ex novo* ou tem sua punibilidade majorada porque é praticado *ao tempo* de um *especial* estado de coisas, que *ex accidente* o torna anti-social ou acresce sua

²⁴ *Principii*, 1928, págs. 146-147.

(*Istituzioni di diritto civile*, I, n.º 128); STOLFI (*Diritto Civile*, I, pág. 165); FOUZIER-HERMANN (*Repertoire*, verb. *loi*, n.º 1.098); PACCHIONI (*Elementi di diritto civile*, n.º 40); TOULLIER (*Droit Civil*, I, n.º 153); DEMANTE (*Code Civil*, I, n.º 20); MERILHON (*Les Parlements de France*, n.º 15); MERLIN (*Questions*, verb. *Tribunal d'Appellation*, § 5.º); BAUDRY-FOUCARDE (*Diritto Civile*, I, n.º 122); C. MAXIMILIANO (*Hermenêutica e aplicação do direito*, pág. 369); LACERDA (*Manual do Cód. Civil*, I, pág. 287). Como já acentuamos (n.º 10, nota 5), se a lei temporária ou excepcional só foi possível com a *suspensão do regime constitucional*, não se dá, com o retorno a este, a sobrevivência dos efeitos daquela, pois, de outro modo, estaria criado um meio de burlar continuamente as garantias da Constituição ou de assegurar, paradoxalmente, em indefinido número de casos, um duradouro *estado* de inconstitucionalidade.

anti-sociabilidade; de modo que o retorno da lei ordinária, passado esse tempo, não pode jamais significar que o fato, com o seu *inseparável* elemento cronológico, deixa de ser crime ou de ser mais severamente punível.

Quando uma lei penal ordinária, subsequente a outra da *mesma espécie*, deixa de incriminar determinado fato ou, mantendo a incriminação, mitiga a pena correspondente, justifica-se a sua retroatividade: mesmo dentro das condições normais da vida coletiva, uma nova concepção ético-social ou uma nova *opinio juris* passou a considerar *intrinsecamente injusta* a incriminação ou a severidade da repressão anterior, de sorte que seria iníquo admitir a ultra-atividade da lei precedente. O mesmo, porém, não ocorre quando a lei ordinária retoma seu vigor após a extinção de obrigatoriedade de uma lei temporária ou excepcional. Não há, aqui, como justamente acentuam as dominantes doutrina e jurisprudência alemãs, mudança da *consciência social* ou da *concepção jurídica* (*Rechtsanschauung*) no tocante ao fato (como forma de conduta): este, considerado em si mesmo, volta a ser penalmente lícito ou menos rigorosamente punido tão-só e simplesmente porque já não existem as *relações materiais* ou *de fato* (*tatsächlichen Verhältnisse*) que provocaram a lei temporária ou excepcional. Não se dá uma alteração do *estado jurídico* no sentido da abolição ou benignidade da reação penal, mas apenas a sucessiva ausência da efêmera situação anômala que justificava a punibilidade ou maior punibilidade. Ninguém duvida que, quando a própria lei penal ordinária subordina a incriminação ou maior punibilidade de uma ação ou omissão a determinado eventual acontecimento de caráter excepcional (ex.: ser praticada em tempo de guerra ou por ocasião de uma calamidade pública), o agente não deixará de ser punido ou mais severamente punido, mesmo após o desaparecimento da situação anormal condicionante do crime ou da pena mais grave. Ora, é uma pura questão de técnica legislativa que, ao invés de se preverem na lei ordinária, de modo geral, estas ou aquelas anormais situações externas como condição de punibilidade ou maior punibilidade,

se editem, para o mesmo fim, leis *intermitentes*, cada qual com vigência limitada à duração dessas situações esporádicas. Não há diferença de fundo, senão de forma, entre um caso e outro. Diz-se em contrário que, no primeiro caso, a lei penal *continua em vigor*, e apenas, com a cessação da situação anormal, já não é possível a praticabilidade material da ação ou omissão, tal como o dispositivo excepcional a incrimina ou mais severamente reprime; enquanto, no segundo caso, não somente cessa a situação anormal, senão também a vigência da lei. Atenda-se, porém: que importa a continuada vigência da lei ordinária, se o seu dispositivo excepcional, do mesmo modo que a lei excepcional autônoma, tem sua aplicabilidade condicionada à duração das condições anormais? A negar-se a retroatividade benigna num caso, ter-se-ia, logicamente, de negá-la no outro.

Impugnando a chamada *teoria dos motivos* (que remonta a BINDING e a FRANK), da qual resulta a negação da retroatividade benigna na hipótese de que ora se trata, RAGGI²⁵ entende que não há verdadeira distinção entre as duas ordens de *motivos* a que já acima nos referimos, isto é, *mudanças da consciência social* ou mera *cessação de contingentes situações materiais*. Em ambos os casos, diz ele, há metamorfose da *consciência social* porque cessaram as razões que aconselhavam a punibilidade ou maior punibilidade. Ora, quando se fala em *mudança da consciência social*, o que se quer significar é qualquer coisa de *profundo*, ou, seja, uma mudança gradativamente processada, ou maduramente realizada, de um critério ético-social acerca de determinados fatos humanos.²⁶ A extinção de uma lei pelo mero desaparecimento das anormais condições materiais que a motivaram não deriva de uma *evolução* da consciência social: esta continua sendo a mesma, rigorosamente a mesma, no tocante à apreciação ético-jurídica dos fatos, desde que referidos à

²⁵ *Sull'efficacia delle leggi temporanee, in Rivista di diritto e penale*, 1918.

²⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Intorno all'efficacia delle leggi penali temporanee, in Rivista Penale*, vol. 54, 1896.

concomitante existência dessas condições anormais. A mudança da lei, em tal hipótese, não ocorre por motivos de *justiça* (ou por um evoluído critério de justiça), mas por simples motivos de *oportunidade*.

Sob o ponto de vista prático, entretanto, é que se apresenta de todo insustentável a tese da retroatividade benigna ainda no caso de sucessão entre lei temporária ou excepcional e lei ordinária ou normal. A admitir-se semelhante retroação, chegar-se-ia aos mais francos despropósitos. Assim,

a) seria inútil que a lei temporal ou excepcional cominasse pena por tempo superior ao de sua própria efêmera vigência;

b) se dois indivíduos praticam, no mesmo dia, idêntico fato só incriminado pela lei temporal ou excepcional, poderia acontecer que, pela diversa celeridade dos procesos *in concreto*, um viesse a ser punido (pelo menos até a expiração do prazo da lei) e outro ficasse impune;²⁷

c) na mesma hipótese, se um dos réus fosse capturado antes da expiração da lei e o outro não, o primeiro sofreria a grave pena (que pode ser até a *de morte*), enquanto o outro seria mandado em paz;

d) os violadores da lei temporária ou excepcional, na derradeira fase de vigência desta, teriam assegurado, *ab initio*, a imunidade penal ou isenção à maior punibilidade;²⁸

²⁷ A "Exposição de Motivos" do projeto definitivo do Código Penal brasileiro adverte que a ressalva da ultra-atividade das leis temporárias ou excepcionais "visa a impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais". Como diz DE MARSICO (*Diritto Penale*, pág. 56), se fosse dado ao acusado iludir a lei temporária ou excepcional, porque certa ou plausível a expectativa de retorno à lei ordinária, "*lo Stato si priverebbe del suo potere di limitare la libertà e dirigere la condotta del singolo proprio là dove più grave è la necessità di usarlo, poichè a bisogni eccezionali, se pur temporanei, provvedono le leggi in parole*".

²⁸ É o que acentua a *Relazione* sobre o projeto do atual Código italiano: se as leis temporárias ou excepcionais não fossem ultra-

e) quando breve a duração da lei temporária ou excepcional, que incrimina *ex novo* determinado fato, não se poderia falar, a respeito deste, em extinção da punibilidade por *prescrição*, pois a esta precederia necessariamente a *abolitio criminis*...

MANZINI, defensor renitente da incondicional retroatividade benigna da lei penal, argumenta que, para obviar esses inconvenientes e desconchavos, nada impede que as próprias leis temporárias disponham expressamente sobre sua ultra-atividade. Mas, que diferença haveria entre determinar essa ultra-atividade em cada lei temporária ou excepcional e o prescrevê-la, de modo geral, na lei ordinária ou normal? E a questão perde qualquer relevo quando, por tão evidentes os dispautérios a que conduziria a não ultra-atividade das leis em questão, se deve considerar que é até mesmo ocioso um mandamento legal *expresso* no sentido da não-prevalência, na espécie, da regra sobre a retroatividade benigna. Como justamente pondera PAOLI²⁹ “deve considerar-se implícito esse mandamento”. Ainda que não figure *expressis verbis* no texto da lei, essa exceção à regra necessariamente se impõe (a não ser que a lógica deixe de ser a coerência do raciocínio ou que se atribua ao legislador a abstração da mais elementar política criminal). Seria rematado absurdo que as leis temporárias ou excepcionais se convertessem em fonte de iniquidades, e, mais que absurdo, seria supinamente ridículo que, de antemão, estivessem destinadas ao desprestígio ou à ineficácia. O direito penal não é *jogo de disparate*.

31. Conflito aparente de normas. O direito penal não constituiria um *sistema* ou deixaria de ser uma unidade coordenada e harmônica, se as suas normas pudessem entrar

²⁹ *Principii di diritto penale*, I, pág. 163.

-ativas, “*sanzionerebbero l'assurdo di condannare le loro disposizioni ad una specie d'inefficacia preventiva in rapporto a quei fatti, da esse validamente vietati, che siano commessi nella imminenza dello scadere del termine o per la fase ultima dello stato eccezionale*”.

em efetivo conflito. Não é admissível que duas ou mais leis penais ou dois ou mais dispositivos da mesma lei penal se disputem, *com igual autoridade*, exclusiva aplicação ao mesmo fato. Para evitar a perplexidade ou a intolerável solução pelo *bis in idem*, o direito penal (como o direito em geral) dispõe de regras, explícitas ou implícitas, que previnem a possibilidade de competição em seu seio. Quando duas ou mais leis se apresentam, *prima facie*, em colisão ou emulação, a propósito de determinado fato, cumpre, liminarmente, verificar se houve entre elas uma sucessão no tempo, pois o princípio *lex posterior derogat priori* impede que se estabeleça a rivalidade. Entre leis contemporaneamente vigentes, porém, ou entre dispositivos de uma mesma lei, também o conflito não pode deixar de ser apenas *aparente*. Ou o fato, apesar de unitário no seu processo material, é idealmente fragmentável, de modo que, considerado em suas *partes*, representa violação concomitante de normas distintas e *autônomas* (*concurso formal de crimes*), e então não há falar-se em *conflito*, pois todas as normas violadas têm aplicação simultânea (embora unificadas as penas segundo o chamado “*cúmulo jurídico*”); ou o fato incide sob várias normas, mas estas apresentam entre si uma tal relação de dependência ou hierarquia, que só uma delas é aplicável, ficando *excluídas* ou *absorvidas* as outras. Neste último caso é que se costuma falar em “conflito aparente de normas penais”. Evitando-se arcaídeas sutilezas de construcionismo jurídico que o problema tem suscitado, podem ser reduzidas a três as regras que disciplinam a sua solução: a) *lex specialis derogat legi generali*; b) *lex primaria derogat legi subsidiaræ*; c) *lex consumens derogat legi consumptæ*.

Focalizemos os três casos, que, na doutrina, figuram, respectivamente, sob as rubricas *especialidade*, *subsidiariedade* e *consumção*.³⁰

³⁰ VON HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, II, pág. 526) entende que os casos podem ser reduzidos a dois: o de *especialidade* e o de *subsidiariedade* (tal como já doutrinava AD. MERKEL, *Derecho Penal*, tradução esp. de DORADO, I, pág. 388), desde que não se procure res-

Especialidade. Uma norma penal se considera *especial* em relação a outra (*geral*) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma particular condição (objetiva ou subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um *plus* ou um *minus* de severidade. Desde que se realize tal condição (elemento *especializante*), fica excluída a aplicação da norma geral. O *typus specialis* substitui-se ao *typus generalis*. Assim, os tipos *qualificados* ou *privilegiados* afastam os *tipos fundamentais*. O *latrocínio* exclui o *roubo simples* (em que a *violência* não ultrapassa a *lesão corporal leve*); o *furto qualificado* exclui o *furto simples*; o *homicídium privilegiatum* (art. 121, § 1.º, do Código Penal) e o *infanticídio* (art. 123) excluem o tipo genérico "homicídio" (art. 121, *caput*).

tringir desnecessariamente as suas órbitas. Os casos de *consunção* poderiam ser repartidos entre os de *especialidade* e de *subsidiariedade*.

MEZGER (*Tratado de derecho penal*, trad. esp. de Muñoz, II, páginas 327 e segs.) e HAFTER (*Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, parte geral, 1946, págs. 349-350) querem que se fale somente em *especialidade* (exclusão de uma norma por outra, mediante dedução lógica) e *consunção* (caso em que, segundo seu próprio sentido, a aplicação de uma norma importa a não aplicação da outra).

BELING (*Die Lehre vom Verbrechen*, págs. 304 e segs.) refere-se a *exclusividade*, *especialidade* e *neutralidade*.

GAVIER (*Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*, 1941) usa idêntica terminologia, mas subdivide a *neutralidade* em *subsidiariedade* e *consunção*.

SOLER (*Derecho Penal Argentino*, II, págs. 175-176) prefere falar em *especialidade*, *subsidiariedade* e *exclusividade*, de que seriam subespécies a *alternatividade* e a *consunção*.

Com FRANK (*Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1908, págs. 164-165) e GRISPIGNI (*Corso di diritto penale*, I, 1935, págs. 305 e segs.), preferimos a tripartição conforme se vê do texto.

Sobre o assunto, consultem-se ainda: HONIG (R.), *Straflose Vor- und Nachtat*, 1927; ASúa, *La ley y el delito*, págs. 167 e segs., e *Tratado*, t. II, págs. 1.166 e segs.; BAUMGARTEN, *Die Lehre von der Ideal-und Gesetzkonkurrenz*, 1909; CORREIA (Eduardo), *Unidade e pluralidade de infrações*, Coimbra, 1945, págs. 155 e segs.; PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, 1955.

Subsidiariedade. Uma norma se diz *subsidiária* em relação a outra (*principal*):

a) quando em seu próprio texto contém a cláusula de que sua aplicação está subordinada à não-aplicação dessa outra subsidiariedade expressa), como acontece, por exemplo, com o art. 132 do Código Penal. que, ao cominar a pena, ressalva: “se o fato não constitui crime mais grave” (“a criação de perigo para a vida de outrem” somente incidirá no citado artigo se não configurar, *v. g.*, uma *tentativa de homicídio* ou o *abandono de incapaz*);

b) quando o fato por ela incriminado entra como elemento componente ou agravante especial de fato incriminado pela outra norma, de modo que a presença do último exclui a simultânea punição do primeiro (subsidiariedade tácita). Exemplos: o furto *qualificado* pelo *arrombamento* em casa de moradia compreende o *dano* e a *violação de domicílio*, ficando excluída a punição a título de um ou de outra; o *estupro* exclui a punição por *constrangimento ilegal* e *lesão corporal leve* (os crimes complexos, em geral, não permitem a punição autônoma dos crimes-membros); a *sedução* torna irrelevante, *in concreto*, a *corrupção de menor*. Prevalece, aqui, o princípio de que *ubi major minor cessat*. A diferença que existe entre *especialidade* e *subsidiariedade* é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de *espécie a gênero*, e se a pena do *tipo principal* (sempre *mais grave* que a do *tipo subsidiário*) é excluída por qualquer causa, a pena do *tipo subsidiário* pode apresentar-se como “soldado de reserva” e aplicar-se pelo *residuum*.

Consumção. Finalmente, uma norma se deve reconhecer *consumida* por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma *fase de realização* do crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último (*crime progressivo*). O crime previsto pela norma *consuntiva* representa a etapa mais avançada na efetuação do malefício, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos, aqui, também não se acham em

relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim. Exemplos: a *consumação* absorve a *tentativa*, e esta absorve o incriminado *ato preparatório*; o *crime de lesão* absorve o correspondente *crime de perigo*; o *furto em casa habitada* absorve a *violação de domicílio*; o *homicídio* absorve a *lesão corporal* e o *porte de armas*; os "crimes do automóvel" absorvem a contravenção de "direção perigosa de veículos na via pública".

É de notar-se ainda que a exclusão de uma norma por outra pode ocorrer mesmo no caso em que não haja unidade de fato ou um só contexto de ação. Um fato, embora configure crime, pode deixar de ser punível quando *anterior* ou *posterior* (*straflose Vor und Nachtat*) a outro crime mais grave, pressuposta a unidade de agente, nas seguintes hipóteses:

a) quando o crime *anterior* serve, necessária ou normalmente, de *meio* para cometer o crime subsequente (mais grave): a *bigamia* absorve a precedente *falsidade ideológica* (no processo de habilitação para o segundo casamento); o *furto simples* é absorvido pelo *estelionato* que o agente ulteriormente pratica, vendendo a *res furtiva* a terceiro *bona fiae*;

b) quando o crime *posterior* incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente ao cometer o primeiro crime: o fabricante de *moeda falsa*, em ato sucessivo, a introduz na circulação (incide só uma vez na *mesma* pena cominada para ambos os casos);

c) quando se trata de fatos compreendidos num só artigo penal, como formas ou modos de um mesmo crime (crime de conteúdo variado; *Mischtatbestand*, dos autores alemães): quem *instiga* e, posteriormente, *auxilia* o suicídio de outrem, incorre uma só vez na mesma pena cominada para qualquer dos casos (art. 122 do Código Penal);

d) quando a lesão ao bem jurídico acarretada pelo crime *anterior* torna *indiferente* o fato posterior: ulteriormente ao *furto*, o ladrão destrói a *res furtiva* (responderá pelo crime de *furto*, e não também pelo de *dano*).

Lugar do crime

Art. 4.º Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado.

Extraterritorialidade

Art. 5.º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I — os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;*
- b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município;*
- c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal;*
- d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço.*

II — os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;*
- b) praticados por brasileiros.*

§ 1.º Nos casos do n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2.º Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;*
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;*

c) *estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;*

d) *não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;*

e) *não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.*

§ 3.º *A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:*

a) *não foi pedida ou foi negada a extradição;*

b) *houve requisição do Ministro da Justiça.*

Pena cumprida no estrangeiro

Art. 6.º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

Eficácia de sentença estrangeira

Art. 7.º A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:

I — obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis;

II — sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais.

Parág. único. A homologação depende:

a) *para os efeitos previstos no n.º I, de pedido da parte interessada;*

b) *para os outros efeitos, de existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.*

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, arts. 3.º a 13; alemão, §§ 3.º a 12; suíço, arts. 2.º a 5.º; dinamarquês, arts. 6.º a 12; norueguês, §§ 12 a 14; belga, arts. 3 e 4; polonês, arts. 3.º a 11; iugoslavo, arts. 15 e 91 a 96; japonês, §§ 2.º a 5.º; soviético, arts. 2.º a 5.º; húngaro, §§ 5.º a 18; holandês, arts. 2.º a 8.º; português, art. 53; argentino, art. 1.º; chileno, arts. 5.º e 6.º; mexicano, arts. 1.º a 5.º; uruguaio, arts. 9.º a 14; peruano, arts. 4.º a 6.º; colombiano, arts. 4.º a 9.º; costarricense, arts. 3.º a 7.º e 9.º a 17; cubano, arts. 7.º a 14; equatoriano, arts. 5.º a 7.º; guatemalteco, arts. 6.º a 9.º, nicara-güense, arts. 11 a 14; panamenho, arts. 5.º a 16; paraguaio, arts. 8.º a 14; venezuelano, arts. 3.º a 6.º.

BIBLIOGRAFIA (especial. BARTHOLDY (M.), *Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes*, in *Vergleichende Darstellung*, parte geral, vol. VI, 1908 (*O império da lei penal no espaço*); KITZINGER (F.), *Ort und Zeit der Handlung (Tempo e lugar da ação)*, idem, vol. I; RAGGI (L.), *Della legge penale e della sua applicazione*, 1927; MAGGIORE (G.), *Territorio dello Stato, Territorialità della legge penale, Delitto comune del cittadino all'estero, Delitto comune dello straniero all'estero, Riconoscimento di sentenza penale straniera, Delitto politico commesso all'estero*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XII, 2.ª parte, IV, XI; KUBLI, *Die räumliche Kompetenzabgrenzung staatlicher Strafgewalt (O limite da competência territorial do poder penal do Estado)*, 1901; SCHOCH, *Der Ort der Verbrechensbegehung beim Distanzdelikt (O lugar da prática do crime à distância)*, 1929; VON CLERIC, *Der Bereich des Strafgesetz (O império da lei penal no espaço)*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, vol. 15, págs. 211 e segs.; *Die Beziehungen zwischen "jus puniendi" und Anwendung des Strafgesetz im internationalen Strafrecht, speziell nach zukünftigem schweizerischen Recht (As relações entre "jus puniendi" e aplicação de lei penal no direito internacional, especialmente segundo o futuro direito suíço)*, idem, vol. 14, págs. 369 e segs.; *Betrachtungen zum Begehungsort des Vergehens (Observações sobre o lugar do delito)*, idem, vol. 22, págs. 73 e segs.; DIENA, *Sui conflitti di legislazione per reati commessi all'estero*, supl. à *Riv. Penale*, vol. 11; SOLNA, *Das Weltrechtsprinzip im internationalen Strafrecht (O principio de*

direito universal no direito penal internacional), 1927; GERMANN, *Die Bestimmungen über das internationale Strafrecht in schweizerische Vorentwurf 1908* (Os dispositivos sobre direito penal internacional no anteprojecto suíço de 1908), 1918; LEHNER, *Der Rechtsgüterschutz (Realprinzip) im sog. internationalen Strafrecht der Schweiz* (A protecção do bem jurídico (princípio real) no chamado direito penal internacional da Suíça), 1917; CLERCC (F.), *Le Code Pénal suisse et le droit pénal international*, 1938; HONNORAT, *Etude sur les moyens de réprimer la criminalité internationale*, in *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 13; LINDENAU, *idem*; HOPFF (A.), *Das internationale Verbrechen und seine Bekämpfung* (A criminalidade internacional e o seu combate), *idem*; TESAURO, *Il diritto internazionale penale*, sem data; LEONE, *Applicabilità della legge straniera in materia penale*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1932, I; D'AMELIO, *Sul concetto del diritto penale internazionale*, in *Riv. di dir. pubblico e della pubblica amministrazione*, 1925; ROUX, *L'entraide des Etats dans la lutte contre la criminalité*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internationale*, vol. 36, 1931, II; KOHLER (J.), *Internationales Strafrecht*, 1917; FERRI, *La solidarietà degli Stati nella lotta contra la delinquenza*, in *Scuola Positiva*, VI, 1926; TRAVERS (M.), *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, 1920-1922*; VON LISZT (F.), *Das Volkrecht*, 1920, 11.^a ed.; GUNZBURG (N.), *Les transformations récentes du droit pénal interne et international*, 1938; VABRES (Donnedieu de), *Les principes modernes du droit international*, 1928; *Introduction à l'étude du droit pénal international*, 1922; *Il diritto internazionale secondo il Progetto definitivo di Codice Penale italiano*, in *Il Progetto Rocco nel pensiero jurídico contemporaneo*, I, 1930; *Les tendances actuelles du droit extraditional*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1928; *La valeur internationale des jugements répressifs d'après le mouvement législatif actuel*, in *Revue de droit international et de criminologie*, maio de 1930; GILBERT GIDEL, *La mer territoriale et la zone contiguë*, in *Recueil des Cours*, vol. 48, 1934; CYBICHOWSKI, *La compétence des tribunaux à raison d'infractions commises hors du territoire*, in *Recueil des Cours*, vol. 12, 1926, II; FEDOZZI (P.), *La condition juridique des navires de commerce*, in *Recueil des Cours*, vol. 10, 1925; HAMMARSKJÖLD, *Les immunités des personnes investie de fonctions internationales*, *idem*, vol. 56, 1936; HURST (C.), *Les immunités diplomatiques*, *idem*, vol. 12, 1926; ONDEI (E.), *Sulle immunità diplomatiche nel diritto penale*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1938; PANNAIN (R.), *Nozione di reato commesso nel territorio dello Stati*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1925; SALDAÑA (Q.), *La justice pénale internationale*, in *Recueil des Cours*, vol. 10, 1925; BUSTAMANTE, *El mar territorial*, 1930; *Droit International Public*, trad. franc., III, 1936; STUART (G.), *Le*

droit et la pratique diplomatique et consulaire, in *Recueil des Cours*, vol. 48, 1934; VISCHER (F.), *Les conflits de lois en matière de droit*, idem; WALTZ (G. A.), *Les rapports du droit international et du droit interne*, idem, vol. 61, 1937; ACCIOLY (H.), *Tratado de Direito Internacional Público*, 1956-1957; *Atos Internacionais vigentes no Brasil*, 1936; ANTOKOLETZ, *Tratado de Derecho Internacional Público*, 1938; CARNEIRO DE CAMPOS, *Direito Público Aéreo*, 1941; MELITA, *Saggio di diritto penale aeronautico*, 1933; BEVILÁQUA, *Direito Internacional Público*, 1939; FEUILLOLEY, *Moyens pratiques d'assurer la répression des crimes et délits internationaux*, in *Journal du droit international privé*, XXXII, 1905; CUELLO CALÓN, *La navegación aerea desde el punto de vista del derecho penal*, 1915; *L'extradition des nationaux*, *L'extradition des criminels politiques*, 1928; AMBROSINI, *Ordinamento giuridico della navigazione aerea*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II; TSACONAS, *L'extradition des nationaux*, 1922; BOLENS, *Essai sur l'extradition et la non extradition des nationaux*, 1940; SECRETAN, *Les immunités diplomatiques des représentants des Etats membres et des agents de la Société des Nations*, 1928; RAVIZZA, *Competenza per reati commessi a bordo di navi mercantili*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1914, II, págs. 463 e segs.; JOURDAN, *De la jurisdiction compétente à l'effet de connaître des crimes et délits commis en haute mer sur les navires de commerce et des quasi-délits, survenus dans les mêmes conditions*, in *Revue de droit international*, X, 1908; CATELLANI, *Il diritto aereo* 1911; PERRONI-FERRANTI, *Tentativo e complicità in rapporto al diritto penale internazionale*, in *Riv. Penale*, vol. 53, 1901; HUGUENEY, *Le droit pénal et l'aviation*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1924; BARBEY, *De l'application internationale de la règle "non bis in idem" en matière de répression*, 1930; MELLI, *Lehrbuch des internationalen Strafrecht und Strafprozessrechts*, 1910; *Das Luftschiff im internen Recht und Völkerrecht*, 1908; BARREIRA (W. T.), *As doutrinas americanas de direito internacional*, 1946; CAMPOS (R. A.), *Legislação internacional do Brasil*, 1929; COELHO RODRIGUES (M.), *A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada*, 1930; TENÓRIO (Oscar), *Da aplicação da lei penal*, in *Tratado de direito penal*, ed. Jacinto, vol. I; DELAQUIS, *La collaboration internationale en matière de droit d'extradition*, in *Schweizerische Zeitschrift*, 1934; SILBERT, *Traité de droit international public*, 1951; ADINOLFI, *La sentenza penale straniera nei novi Codici Penali*, in *Giustizia Penale*, III, 1931; DAVID (F.), *De la reconnaissance des sentences pénales étrangères en France, ou point de vue de la recidive et du sursis*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1938; VENTURINI, *Il riconoscimento delle sentenze penali straniere*, in *Rev. ital. di dir. penale*, 1940; PELLA (V.), *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 1926; RAPAPORT, *Le problème de l'unification internationale du droit pénal*, in

Revue Penitenciaire de Pologne, 1929 (janeiro, abril); SCHNEIKERT, *Die Bekämpfung des internationalen Verbrechertums*, in *Zeitschrift f. die gesam. Strafrechtswissenschaft*, 1922; PESSINA, *Efficacia della legge penale sotto l'aspetto del luogo*, in *Enciclopedia*, vol. 3.º; BRUSA, *Le délit politique et l'extradition*, in *Revue du droit international*, XIV, 1882; HOLTZENDORFF, *Dell'extradizione*, in *Riv. Penale*, XV, 1881; ALOISI, *Estradizione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V; FIORE (P.), *Tratté de Droit pénal international*, trad. franc., 1880; PEDERNEIRAS (R.), *Direito internacional compendiado*, 1942; VERDROSS, *Derecho Internacional público*, trad. castelhana de TRUYOL Y SIERRA, 1955; CISNEROS (C. D.), *Derecho internacional público*, 1955; DUARTE (José), *Direito Aéreo. A responsabilidade penal do aviador*, in *Jornal do Comércio* de 25 de julho de 1937; FENWICK, *A Comissão Interamericana de Neutralidade*, in *Revista Forense*, vol. 86; SIMAS (Hugo), *Código Brasileiro do Ar*, 1939; PALAZZO (G. A.), *Territorialità della legge penale*, in *Scuola Positiva*, 1927; CONTIERI, *Sentenza penale straniera*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, 1.ª parte; LEONE (G.), *Applicabilità della legge straniera*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1932; G. ALLEGRA, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, 1943; NASCIMENTO E SILVA (G. E.), *Imunidade de jurisdição penal das famílias de diplomatas*, in *Revista Forense*, fasc. de setembro de 1947; BRAMANT ARIAS, *La Ley Penal*, 1950.

COMENTARIO 1

32. A lei penal no espaço. Fundamentalmente, são em número de quatro os critérios aventados para a solução do relevante problema da eficácia da lei penal no espaço: *princípio da territorialidade*, *princípio da personalidade* (ou da nacionalidade), *princípio real* ou da defesa e *princípio da universalidade do direito penal* ou da justiça penal cosmopolita.

Princípio da territorialidade. De acordo com este, em toda a pureza do seu enunciado, a lei penal só é aplicável aos crimes praticados no território do Estado que a ditou. Daí decorre que, em caso algum, poderia o Estado arrogar-se o direito de punir qualquer fato cometido fora de seus limites territoriais, por mais valiosos que possa considerar os bens jurídicos atingidos. Também seria, de todo, indiferente a

¹ O presente comentário teve a preciosa colaboração de NARCÉLIO DE QUEIRÓS (ns. 32, 33 e 35 a 41).

circunstância de ser nacional ou estrangeiro o sujeito ativo ou passivo. Vários são os fundamentos com que tradicionalmente é defendida essa rigorosa competência territorial. Reclamam-na sob o tríplice ponto de vista processual, repressivo e internacional. Corresponde aos interesses da boa administração da justiça que um crime seja julgado na jurisdição onde foi praticado, não só pela maior facilidade na obtenção das provas, como pela maior simplicidade do processo e julgamento. Por outro lado, a punição do crime por uma justiça que funciona em lugar diverso e distante do de sua prática não atende a uma das finalidades da pena, qual seja a da intimidação. Dizia BENTHAM que a pena é tanto mais útil quanto mais próxima do crime, no tempo e no espaço. Ainda outro argumento a que se apegam os defensores do princípio territorial vai ligar-se diretamente ao próprio conceito de Estado. A função penal é uma emanção da soberania estatal. O monopólio da ordem jurídica, que cabe ao Estado no âmbito do seu território, isto é, o primado do *direito interno*, evita a penetração de qualquer outro direito, resguardando, assim, o princípio de soberania. Corolário do princípio territorial é a absoluta indiferença, quanto aos julgamentos proferidos além-fronteiras, pois nenhuma validade ou consequência lhes poderia ser reconhecida no território do Estado.

Princípio da personalidade (ou da nacionalidade). Contraposto ao da territorialidade, o princípio da personalidade entende que a lei do Estado deve seguir o cidadão onde quer que ele se encontre. O que decide, quanto à competência para a punição, é a nacionalidade do agente. A base do sistema é o conceito de que o cidadão está sempre ligado à lei do seu país e lhe deve obediência, ainda que se encontre no estrangeiro: *quilibet est subditus legibus patriæ suæ et extra territorium*. O princípio da personalidade se divide em *ativo* e *passivo*: é *ativo* quando importa em aplicar a lei nacional (ao cidadão que delinque no estrangeiro) seja qual for o bem jurídico lesado pelo crime; é *passivo* quando a lei nacional só é aplicável se o crime atinge bem jurídico do próprio

Estado ou de outro de seus súditos. O melhor fundamento que o princípio da competência pessoal encontrou, em seu desenvolvimento histórico, foi, sem dúvida, o adágio *interest civitatis habere bonos subditos*. Dada a tendência para a não-concessão da extradição de nacionais (a que logicamente obriga o princípio da territorialidade), o sistema em questão tem sido parcialmente adotado em numerosas legislações.

Princípio real (ou da defesa). De acordo com este princípio, o Estado deve exercer o seu direito de punir sempre que for nacional (do próprio Estado ou de seus cidadãos) o bem jurídico atingido pelo crime, seja qual for o lugar em que tenha sido este praticado e seja quem for o seu agente (nacional ou estrangeiro). O que importa é a nacionalidade do bem jurídico lesado ou posto em perigo. Cresce, cada vez mais, o prestígio desse sistema, que tem merecido das legislações modernas a maior atenção, dada a imperiosa necessidade de se acautelarem os Estados contra os crimes que se praticam no estrangeiro contra os seus interesses vitais. Veremos adiante o quanto o nosso Código Penal aderiu a essa orientação.

Princípio da universalidade. Ao que proclama este princípio, cada Estado pode arrogar-se o direito de punir qualquer crime, sejam quais forem o bem jurídico por ele violado e o lugar onde tenha sido praticado. Não importa, igualmente, a nacionalidade do criminoso ou da vítima. Para a punição daquele, basta que se encontre no território do Estado. É bem de ver que com a adoção de tal princípio (também chamado da *justiça cosmopolita* ou da *jurisdição mundial*) cada Estado se investiria de amplísimos poderes, mas, por outro lado, teria de sofrer grande restrição à sua própria soberania territorial. Não se pode dissimular o caráter nitidamente utópico de tal princípio. Abstrai as grandes diferenças existentes entre as múltiplas legislações penais. Certos fatos que são incriminados em um país já não o são em outro. Tenha-se em conta, por exemplo, o vasto elenco das infrações meramente convencionais ou dos chamados

delitos de formação política, cuja identificação varia de país a país. A impossibilidade de vir a realizar-se essa *desnacionalização da justiça* não pode, porém, desmerecer o nobre esforço de quantos se têm empenhado por torná-la viável. É muito já se tem obtido no sentido da cooperação internacional na luta contra o crime. Como observa DONNEDIEU DE VABRES, a afirmação essencial da teoria universalista está hoje fora de qualquer controvérsia: a possibilidade da atribuição de competência ao *judex deprehensionis*. De fato, não há mais legislação alguma de país civilizado que não reconheça, em numerosos casos (dos chamados *crimes internacionais*: tráfico de mulheres, comércio de entorpecentes, publicações obscenas, etc.), a competência do juiz do lugar em que se encontra o agente, para julgá-lo pelo crime cometido *extra territorium*, embora concorrente ou subsidiariamente com a do *judex loci patratu delicti* e do *judex domicilii*. É de notar-se que o Código brasileiro abriu amplo crédito à competência do *judex deprehensionis*.

33. A regra adotada pelo Código e suas exceções. O Código elegeu, como regra, no art. 4.º, a teoria da territorialidade, mas abriu-lhe várias exceções. A primeira delas está expressa no próprio artigo citado. Ressalvando a obediência ao estipulado em *convenções e tratados* ou a *regras de direito internacional*, o Código criou um temperamento à *impenetrabilidade* do direito interno ou à exclusividade da ordem jurídica do Estado sobre o seu território, permitindo e reconhecendo, em determinados casos, a validade da lei de outro Estado. É em obséquio à boa convivência internacional, e quase sempre sob a condição de reciprocidade, que o território do Estado se torna *penetrável* pelo exercício de alheia soberania. No art. 5.º, n.º I, o Código de novo abstrai o princípio da territorialidade, para consagrar, nos casos especiais que enumera, o *princípio real ou da defesa*. É que a punição dos crimes aí alinhados interessa fundamentalmente à ordem jurídica interna, pela importância dos bens por eles atingidos, assim como pelas extensas conseqüências que podem

determinar na vida política ou econômica da República. Outras exceções se encontram no n.º II, letras *a* e *b*, do mesmo art. 5.º, e são perfeitamente justificáveis: a da letra *a* — referente aos “crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir” — obedece à inspiração do *princípio da universalidade do direito penal*, no sentido de uma colaboração internacional na luta contra certa espécie de criminalidade; a da letra *b* — relativa aos “crimes praticados por brasileiro” no estrangeiro — é uma adesão ao princípio da *personalidade ativa*, que tanto mais se impunha quanto a nossa lei constitucional veda a extradição do nacional (Constituições de 34, art. 13, n.º 31; de 37, art. 122, n.º 12, e de 46, art. 141, § 33). No § 3.º do art. 5.º, ainda se depara outra exceção à regra da territorialidade, para ser feita uma transigência com o princípio da *personalidade passiva*: é autorizada, sob certas condições, a punição, no Brasil, de crimes praticados fora dele por estrangeiro contra brasileiro. Finalmente, é de notar que o Código, no seu art. 7.º, aceita, até certo ponto, o critério da internacionalização da sentença penal; também inspirado, como acentua a *Exposição de Motivos*, “no sentido da solidariedade universal contra os criminosos”, criando, embora prudentemente, uma exceção ao monopólio estatal da ordem jurídica fronteiras a dentro: sob a condição de identidade entre a *lex fori* e a lei brasileira, a sentença penal estrangeira pode ter aplicação no Brasil, para sujeitar a certos de seus efeitos o delinqüente condenado.

34. **Lugar do crime.** Segundo a regra geral, com apoio no princípio da territorialidade, a esfera de exercício do *ius puniendi* coincide com a órbita territorial do Estado. *Ibi poena plectendum ubi facinus admissum*. O crime deve ser punido no lugar em que foi praticado. Acontece, porém, que nem sempre é fácil determinar-se o *lugar do crime*. Quando um crime produz seu resultado no mesmo lugar onde ocorreu a ação (ou omissão), não pode haver dúvida quanto à lei que o há de punir ou ao juiz que o há de julgar. Se, entre-

tanto, a ação é exercida num lugar e o resultado ocorre nou-
tro, há que distinguir: ou os diferentes lugares estão situa-
dos no mesmo país ou, ao contrário, cada qual corresponde
a país diverso. No primeiro caso, a questão envolve matéria
de competência jurisdicional, no plano do direito interno, e
não oferece maior relevo. O nosso Código de Processo Penal
assim a resolve (art. 70): “A competência será, de regra, de-
terminada pelo lugar em que se consumar a infração ou,
no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o
último ato de execução”. Transplantada, porém, para o
plano internacional, a questão se complica, afetando o prin-
cípio da soberania dos Estados, no tocante ao *jus gladii*.
Sendo utópica uma lei superestatal que regule o assunto e
não existindo uniformes legislações internas a respeito, orien-
tadas no sentido da conciliação de interesses concorrentes,
senão tratados ou convenções entre estes ou aqueles países
(notadamente quanto aos crimes chamados *mundiais* ou
internacionais: tráfico de mulheres, comércio de entorpecen-
tes, publicações obscenas, atentados contra cabos submari-
nos),² o problema vem sendo debatido desde os juristas
medievais.

Figurem-se, para ilustrar o problema, as seguintes hipó-
teses: a) num comboio em marcha, do Rio Grande do Sul
para o Uruguai, um passageiro, ainda em território brasi-
leiro, desfecha tiros contra outro, que é atingido, mas só vem
a morrer em território uruguaio; b) um indivíduo, que se

² O Código de BUSTAMANTE, aprovado pela Convenção de Hava-
na, de 1928, dispõe no cap. I do livro III (sob a rubrica “Direito Pe-
nal Internacional”), art. 302: “Quando os atos de que se acompa-
nha um delito se realizem em Estados contratantes diversos, cada
Estado pode castigar o ato realizado em seu país, se ele constitui,
por si só, um fato punível. Em caso contrário, dar-se-á preferência
ao direito da soberania local em que o delito se tiver consumado”.
A dita Convenção foi ratificada tão-somente pelo Brasil (junho de
1939), Cuba, Chile, Costa-Rica, República Dominicana, Equador, Gua-
temala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, Salvador e Ve-
nezuela.

acha em Santana do Livramento, dispara um tiro de fuzil contra outro, que se encontra em Rivera, acontecendo que a vítima é transportada para Buenos Aires, onde vem a falecer.

Indaga-se: a qual dos países em que o crime *tocou* (fragmentados os seus *momentos*) cabe o *jus puniendi*? Por outras palavras: para atribuição do *jus puniendi*, qual o *lugar* do crime, a que então se dá o nome de crime à distância" (*Distanzverbrechen*, dos alemães), e posto que o crime, juridicamente, é um todo incindível?

Várias são as teorias adotadas pelo *jus positum* ou doutrinariamente sugeridas para solução do tema.

Teoria da intenção. O lugar do crime é aquele em que, segundo a intenção do agente, devia ocorrer o resultado típico do crime, pouco importando que, na realidade, tenha ocorrido alhures.

É manifesta a sua imprestabilidade: basta dizer que não resolveria a questão no tocante aos crimes preterdolosos e culposos, além de introduzir um elemento subjetivo na solução de um problema estritamente objetivo.

Teoria do efeito (Erfolgstheorie). Já teve grande prestígio, mas, na atualidade, está desacreditada. Segundo ela, o lugar do crime é aquele onde o resultado (típico) se produz, pouco importando a intenção do agente. Assim, na primeira hipótese acima formulada (sob *a*), o *jus gladii* caberia ao Uruguai e, na segunda (sob *b*), à Argentina. Ora, não é aceitável que o país onde foi praticada a ação (nas ditas hipóteses, o Brasil) fique inibido de intervir, não obstante a direta violação da sua ordem jurídica com o *momento* executivo do crime. Haveria nisso, evidentemente, uma abdicação de soberania, sob o pretexto, muito pouco convincente, de que o *eventus sceleris* ocorreu fora do território nacional, pretexto positivamente intolerável, se o agente volta a esse território ou nele permanece.

Teoria da atividade ou da ação (Tätigkeitstheorie, Handlungstheorie). O lugar do crime é aquele em que o agente realizou o processo executivo, isto é, a ação ou omissão cau-

sal (esta última, bem entendido, nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, em que é possível o distanciamento temporal e espacial entre a abstenção do movimento corpóreo e o resultado). Geralmente esse lugar coincide com o da residência do agente, e daí também chamar-se “da residência” a teoria em questão (*Aufenthaltstheorie*). Foi ela adotada pelo Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Munique, em 1883, e pelo Congresso de Direito Comparado, de Haia, em 1932. Mas, igualmente, não é isenta de crítica. Nos exemplos acima figurados, ficariam o Uruguai e a Argentina, malgrado seu inquestionável interesse na punição do agente, privados de intervir, porque nenhum ato executivo do crime foi praticado em seus respectivos territórios.

Teoria do efeito intermédio ou do efeito mais próximo (Zwischenwirkungstheorie). O lugar do crime é aquele em que a energia posta em movimento pelo agente atinge o objeto ou alcança a vítima. No exemplo supra *sub a*, o lugar do crime seria o Brasil (comarca do Rio Grande do Sul onde a vítima foi atingida pelos tiros); na hipótese *sub b*, seria o Uruguai. Também esta teoria não é satisfatória: subtrai o fato à jurisdição dos lugares em que a ação se praticou ou o resultado típico se produziu, com grave restrição à soberania deles, sob o ponto de vista do *jus puniendi*.

Teoria da longa mão ou da ação à distância (Langhandstheorie, theorie de l'action prolongée, teoria dell'azione ampliata). É a combinação da teoria da atividade com a do efeito intermédio. O crime, como um todo, considera-se praticado quer onde o agente exerceu sua atividade executiva, quer onde ocorreu o efeito intermédio. Fica, assim, excluído o lugar do resultado típico, isto é, precisamente o lugar em que, de regra, mas se faz sentir o mal decorrente do crime.

Teoria limitada da ubiquidade (beschränkte Ubiquitätstheorie). É a conjugação da teoria da atividade e a do efeito: o lugar do crime tanto é o lugar da ação quanto o do resultado típico. Na hipótese acima figurada *sub b*, o lugar do

crime seria tanto o Brasil como a Argentina, abstraído o Uruguai. Fica excluído o lugar do efeito intermédio, o que torna a teoria insuficiente, pois nesse lugar é que, quase sempre, mais extenso é o abalo provocado pelo crime.

Teoria pura da ubiqüidade (reine Ubiquitätstheorie). O lugar do crime é tanto o lugar da ação quanto o do resultado e o do efeito intermédio. O crime, como uma unidade, se entende praticado onde quer que ocorra qualquer momento do seu *iter* ou onde se realiza o *summatum opus*. É, de todas as teorias, a menos vulnerável. Não exige transgências de soberania e, se não evita os conflitos *positivos* de jurisdição, elimina os *negativos*, conjurando o desconforto de eventual impunidade do agente. Esta, a sua inquestionável vantagem sobre as outras. Suponha-se o caso em que o Estado em cujo território foi praticada a ação adote a teoria do efeito, enquanto o Estado em que ocorreu o resultado típico, ou o efeito intermédio, adote a teoria da atividade: o agente ficará impune, pois nenhum desses Estados se consideraria competente para puni-lo. Ora, com a teoria pura da ubiqüidade, esse inconveniente desaparece. Dir-se-á que ela, entretanto, viria aumentar a possibilidade do concurso de jurisdição, ensejando o *bis in idem* em matéria penal (pois o agente poderia ser condenado e sofrer pena pelo mesmo crime em cada um dos Estados interessados). Para obviar tal consequência, porém, haveria o recurso aos tratados internacionais, e, além disso, é cada vez maior a generalização do preceito que o nosso Código já inscreveu no seu art. 6.º (inspirado nos Código, entre outros, da Itália, art. 138; da Dinamarca, art. 4.º, últ. al.; da Polônia, art. 11, § 1.º; da Suíça, art. 6.º, últ. al.; da Noruega, § 13, últ. al.; da Alemanha, § 7.º; do Japão, § 5.º; do Peru, art. 6.º, últ. al.; da Hungria, § 13; da Iugoslávia, art. 95; costarrriquense, art. 7.º, últ. al.; cubano, art. 9.º, f; panamenho, art. 7.º; venezuelano, art. 5.º; guatemalense, art. 7.º): "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

A teoria pura da ubiqüidade foi a perfilhada pelo nosso Código vigente (art. 4.º): “Aplica-se a lei brasileira, sem “prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado”. A propósito, disserta a *Exposição de Motivos* (n.º 10): “É adotada a *teoria da ubiqüidade (rectius: teoria pura da ubiqüidade)* quanto “aos denominados *crimes à distância*, teoria essa resultante “da combinação da *teoria da atividade* e da *teoria do efeito* “(o art. 4.º reflete, igualmente, a *teoria do efeito intermédio*): aplica-se a lei brasileira não só ao crime, no todo ou “em parte, cometido no território nacional, como ao que “nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu “resultado, pouco importando que a atividade pessoal do “criminoso se tenha exercido no estrangeiro. A cláusula ““ou devia produzir seu resultado” diz respeito à *tentativa*. “Alguns Códigos, como o polonês,³ o iugoslavo⁴ e o suíço^{5a} “tomam como critério determinante o lugar da tentativa a “intenção do agente. Era o critério do Projeto SÁ PEREIRA, “que não nos pareceu acertado. Quando se trata de locali-

³ Art. 13, § 2.º (trad. franc. de BEREZOWSKI): “*L’infraction est considerée comme commise sur le territoire de l’Etat Polonais... si l’auteur y a accompli l’action ou l’omission delictueuse ou lorsque l’effet delictueux s’y est produit ou devait s’y produire, suivant l’intention de l’auteur*”.

⁴ Art. 15 (2) *La tentative d’infraction est commise tant au lieu où l’auteur a agi qu’au lieu où le résultat d’après son intention aurait dû ou aurait pu se produire.*

^{5a} Art. 7.º: “*Ein Verbrechen oder ein Vergehen gilt als da verübt, wo der Täter es ausgeführt und da, wo der Erfolg eingetreten ist. Der Versuch gilt als da begangen, wo der Täter ihn ausführt und da, wo nach seiner absicht der Erfolg hätte eintreten sollen*” (“Um crime ou um delito se entende cometido tanto no lugar onde o “agente o executou quanto no lugar onde o resultado se produziu. A “tentativa se considera cometida tanto no lugar em que o agente “a executou quanto no lugar onde, segundo a intenção do agente, o “resultado devia produzir-se”).

“zar o crime consumado, não se atende a essa intenção, e “ não há motivo para que se proceda diversamente em matéria de tentativa.”

O lugar do crime é tudo quanto há de mais objetivo em direito penal.⁵

Assim, em face do nosso Código, que se afeiçãoou ao critério lógico e acertado, a condição “devia produzir seu resultado” tem de ser entendida de um ponto de vista estrita e exclusivamente objetivo. Lugar da tentativa é aquele em que teria ocorrido a consumação, se não fosse impedida, pouco importando a intenção do agente.

Suponha-se que uma *máquina infernal* seja enviada, por via marítima, de Cuba para a Argentina, com destino a pessoa que neste último país o agente pretendia matar, e o navio é retido, além do tempo previsto, no cais do porto do Rio, acontecendo que, aqui, antes de ocorrer a explosão, é descoberto e destruído o mortífero engenho. O agente está sujeito à lei e jurisdição brasileiras.

Outro exemplo: de Buenos Aires, certo indivíduo despacha, por via postal, um pacote de confeitos envenenados endereçados a pessoa residente em Montevideu, mas que, acidentalmente, se acha a passeio em Santos, para onde alguém, insciente do conteúdo, reenvia o pacote, e acontecendo que o destinatário, intoxicado pelos confeitos, é salvo por um antídoto imediatamente ministrado. O lugar da tentativa é a cidade paulista (tanto quanto a capital argentina), incidindo o agente sob a lei penal brasileira. O que é imprescindível para a aplicação do art. 4.º é que na fase de tentativa, do mesmo modo que no momento da consumação, o crime

⁵ Eis a justa lição de VON CLERIC, em crítica ao projeto suíço de 1918 (*Der Bereich des Strafgesetz in Schweizerische Juristenzeitung*, vol. 15, pág. 224): “... a questão sobre o lugar de um delito diz com um sintoma puramente objetivo de direito penal e nada tem a ver com o elemento *intenção*” (“... *die Frage, wo ein Verbrechen begangen ist, beschlägt ein rein objektives Symptom des Strafrechts und hat mit merkmalen des Vorsatz nichts zu tun*”).

haja *tocado* o território nacional. Figure-se que a máquina infernal fosse despachada para o Brasil, mas que, antes da partida do navio ou em alto-mar, tivesse sido descoberta e inutilizada. Nada temos com o fato, pois se, *subjetivamente*, o resultado devia produzir-se no Brasil, *objetivamente* nada ocorreu em nosso território. Não nos atingiu de maneira alguma. Se interviéssemos no caso, dando relevo à simples intenção do agente (segundo o critério dos Códigos suíço e polonês), estaríamos a fazer qualquer coisa parecida com a pretensão de alguém que reclamasse direito ao aroma das rosas do vizinho...

Note-se, por último, que, nos crimes à distância, a competência da autoridade brasileira é fixada *ratione loci*, pelos §§ 1.º e 2.º do art. 70 do Código de Processo Penal: “Se iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução”; “Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.”⁶

⁶ No decorrer da primeira Grande Guerra, verificou-se a bordo do navio inglês *Tennyson*, que navegava em alto-mar, uma explosão que se apurou ter sido produzida por uma máquina infernal colocada no porão do navio na capital da Bahia, seu último porto de escala. Instaurado o processo nessa cidade, tanto o juiz federal na seção da Bahia, como o juiz de direito da 2.ª Vara Criminal, se julgaram incompetentes para dele conhecer, alegando ambos que a competência era exclusiva da justiça inglesa, em virtude do princípio de direito internacional segundo o qual os navios mercantes, quando navegarem em alto mar, são considerados prolongamentos dos territórios das nações a que pertencem. Suscitado o conflito negativo de jurisdição, resolveu o Supremo Tribunal Federal que a competência cabia ao juiz da 2.ª Vara Criminal de Salvador. O acórdão (citado e parcialmente transcrito por MAURICE TRAVERS, em seu *Droit Pénal International*, vol. I, pág. 180), lavrado por VIVEIROS DE CASTRO, funda-se, principalmente, nas opiniões de BINDING, GARRAUD e PRINS, concluindo por considerar como praticado no Brasil todo crime que nele se desenvolveu, no todo ou em parte.

35. **Território nacional.** Divergindo do Código de 1890, o atual alheou-se à definição de *território nacional*. Não se trata, realmente, de matéria que deva ser regulada pelo direito penal, mas, sim, das mais relevantes que fazem objeto de disciplina do direito público interno e do direito das gentes. Justamente criticada foi a exorbitância do primeiro Código republicano. A respeito, escrevia COSTA E SILVA: ⁷ “Des- cabida e inútil em um código penal, como bem se observou “na “exposição de motivos” do primeiro projeto alemão e “se reconheceu na elaboração do Código argentino, era uma “noção dessa espécie. Acresce que ela não ficou completa.” O Projeto ALCÂNTARA MACHADO (art. 3.º), depois de referir-se a “território nacional”, acrescentava: “ou outro lugar submetido à jurisdição do Brasil”. A Comissão Revisora entendeu, porém, que era supérflua esta última referência. Para os efeitos da lei penal, qualquer lugar submetido à jurisdição do Brasil é território nacional, de vez que *território* é o espaço sobre o qual o Estado exerce sua soberania, e não, estritamente, o espaço territorial delimitado por fronteiras. O conceito de território não é *geográfico* ou *natural*, mas *jurídico*. ⁸ A autoridade do Estado sobre o território não tem identidade com o direito privado de propriedade: é uma autoridade de natureza exclusivamente política, tal como a exercida sobre as pessoas; é um *poder de governo*. ⁹ Para consecução dos dois grandes fins do Estado — a defesa da ordem jurídica e a prestação de serviços públicos — a sua jurisdição deve ir até onde o justifique a necessidade para o efetivo exercício da autoridade política. Resulta daí que o poder de dominação do Estado não se faz sentir do mesmo modo e com a mesma intensidade sobre todos os elementos que entram na formação do seu território. Pode definir-se o território nacional como todo espaço terrestre, marítimo ou

⁷ *Código Penal Comentado*, 1930, vol. I, pág. 30.

⁸ Kelsen, *Teoria general del Estado*, trad. esp. de LACAMBA, 1934, pág. 182; Soler, *Derecho Penal Argentino*, 1945, págs. 160 e 164.

⁹ QUEIRÓS LIMA, *Teoria do Estado*, pág. 207.

aéreo, sujeito à soberania do Estado, quer seja compreendido entre os limites que o separam dos Estados vizinhos ou do mar livre, quer esteja destacado do corpo territorial principal, ou não (MANZINI). Assim, em resumo, o território do Estado abrange todos os lugares sobre que se exerce a sua soberania.

São diversas as partes que entram na formação da jurisdição territorial do Estado: a) o solo ocupado pela corporação política, sem solução de continuidade e com limites reconhecidos; b) regiões separadas do solo principal; c) rios, lagos e mares interiores; d) golfos, baías e portos; e) a parte que o direito internacional atribui a cada Estado, sobre os mares, lagos e rios contíguos; f) a faixa de mar exterior, que corre ao longo da costa e constitui o “mar territorial”; g) o espaço aéreo.¹⁰

Nenhuma dificuldade existe quando se trata propriamente do solo ocupado sem solução de continuidade, de vez que é ele perfeitamente demarcado pelos limites, sejam naturais, ou artificiais. Se o Estado tem suas fronteiras devidamente estabelecidas, nenhuma dúvida pode existir. Entretanto, algumas dificuldades podem surgir, quando se trata de fixação dos limites por fronteiras naturais. Diversificam as soluções, conforme seja o limite fixado com referência a montanhas, a rios ou lagos. Quando se trata de montanhas, dois critérios podem ser seguidos na fixação da linha de limite: o da linha das cumiadas e o do divisor das águas (*divortium aquarum*). Muito embora antigamente não se desse importância à diferença entre tais linhas, nos tempos modernos as questões suscitadas a respeito têm adquirido grande relevo, posto que nem sempre coincidem as duas.¹¹ Na fixação dos seus limites, o Brasil sempre revelou

¹⁰ QUEIRÓS LIMA, ob. cit., pág. 208.

¹¹ A linha do divisor das águas foi adotada entre a França e a Espanha (1659). No tratado de limites de 1881 entre a Argentina e o Chile ficou estipulado que “*la línea fronteriza correrá en esa extensión por las cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividen las águas y pasará por entre las vertientes que se desprenden*”

preferência pelo critério do divisor das águas, que é, aliás, o mais geralmente adotado. De fato, os nossos limites com as Guianas e com a Venezuela, Colômbia e Peru obedecem à linha do *divortium aquarum*. Só foi adotada a linha das maiores alturas nas fronteiras com o Paraguai, com a Argentina e, de algum modo, com o Uruguai. É de notar-se que o primeiro critério foi expressamente consagrado pelo Projeto de Código de Direito Internacional Público, de EPITÁCIO PESSOA. Segundo seu art. 34, se a fronteira é constituída por uma cadeia de montanhas, a linha do divisor das águas determina o limite jurisdicional, salvo disposições dos tratados. Posteriormente, no Projeto n.º 10, da série de projetos de Convenções para a preparação de um Código de Direito Internacional Público, formulados pelo Instituto Americano de Direito Internacional (para serem submetidos à Comissão Internacional de Jurisconsultos), na sua reunião de 1927, no Rio de Janeiro, também o princípio encontrou explícita adesão: "Se a fronteira for constituída por uma cordilheira ou por montanhas, o limite segue a divisão das águas."¹²

No caso de divisas naturais formadas pelos rios, várias questões podem ser suscitadas. Se o rio pertence a um dos Estados ribeirinhos, a fronteira passará pela margem oposta. Mas, se o rio pertence aos dois Estados, a divisa pode passar

¹² *Codificação do Direito Internacional Americano* (publ. da União Panamericana), Washington, 1925.

a un lado y otro". Ficou também estabelecido que no caso de surgirem dificuldades pela existência de certos vales formados pela bifurcação da Cordilheira dos Andes, em que não fosse clara a linha do divisor das águas, seriam tais dificuldades resolvidas amistosamente por dois peritos, um de cada parte. No caso de não chegarem estes a um acordo, seria chamado a decidir um terceiro perito, escolhido pelos dois países. A dificuldade sobreveio, determinando uma controvérsia. A Argentina sustentava que o limite devia seguir rigorosamente a linha do divisor das águas, enquanto o Chile entendia que a linha divisória devia ser a das maiores alturas. O rei da Inglaterra, nomeado árbitro, proferiu o seu laudo (1902), mas sem decidir formalmente o litígio.

por uma linha determinada pela eqüidistância das margens, linha mediana do leito do rio, ou por uma linha que acompanhe a de maior profundidade da corrente (talvegue).¹³

Pode também acontecer que o rio seja comum aos dois países, e, nesse caso, é indiviso, sendo comum a jurisdição sobre ele.

Nota ACCIOLY que em vários tratados de limites celebrados pelo Brasil há referência à linha divisória pelo “álveo” do rio. Mas “álveo”, significando leito do rio, fica-se sem saber se a linha de divisa é a mediana, eqüidistante das margens, ou a do talvegue, ou se foi intenção das partes contratantes reservar-se o condomínio sobre as águas desses rios limítrofes. Entre tais tratados, refere os celebrados com o Paraguai (rios Paraná, Paraguai e Apa), com a Argentina (rios Peperiguaçu e Santo Antônio), com o Peru (rios Breu, Santa Rosa, Chambuiaco e Acre) e com o Uruguai (arroyo da Mina).¹⁴

Entende CLÓVIS BEVILÁQUA que nesses casos deve considerar-se como limite o *Talweg*.¹⁵

Bem se podem avaliar as conseqüências difíceis que tal incerteza determinaria na órbita do direito penal, pelos conflitos de jurisdição que poderão surgir, em face de possíveis e naturais interpretações contraditórias dos textos dos tratados.

Na fixação dos limites do Brasil, tem sido objeto de cogitação a questão relativa aos deslocamentos dos cursos dos rios. Vale a pena lembrar as divergências que surgiram entre

¹³ Alguns autores traduzem a palavra alemã *Talweg* como “caminho do vale” (ANTOKOLETZ, *Tratado*, II, pág. 668); outros, como ACCIOLY, citando LAPRADELLE, afirmam que *Tal*, no sentido de “vale”, não entra na expressão *Talweg*, e sim *Tal* como significando *ju-sante* (*Tratado*, II, 23, nota 1). Entretanto, parece que não há motivo para dúvidas, pois *Tal* significa também *Tiefe* — profundidade. Assim, *Talweg* é também *caminho* ou *linha da profundidade* (*Der Neue Brockhaus*, Leipzig, 1938, verbete *Tal*).

¹⁴ ACCIOLY, *Tratado*, II, pág. 22.

¹⁵ CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito Público Internacional*, I.

os membros da comissão mista anglo-brasileira, encarregada de demarcar os limites entre o Brasil e a Guiana Inglesa. Foi, finalmente, assentado entre os dois governos, a respeito dos rios Maú e Tacutu, que, no caso de abertura de novo leito, o limite continuaria a ser indicado pelo talvegue do rio, sendo indenizada a parte que tivesse seu território diminuído pelo deslocamento.¹⁶

Também dúvidas surgiram com relação ao limite do extremo sul do Brasil. Da ata da conferência realizada em 1953, pela Comissão de Limites Brasileiro-Uruguai, consta uma referência às dificuldades encontradas pelo fato de não ser possível fixar com precisão o ponto de entrada do Chuí no mar, devido à variação de suas águas com a altura das marés. Ficou estabelecido que, ainda que o marco divisório tivesse de ser colocado mais ao sul, por não oferecerem as areias um lugar conveniente para situá-lo, ainda assim “isso não obstará a que se considerem suas margens respectivas como propriedade de um e outro condomínio, qualquer que venha a ser a situação de sua foz, em suas alterações futuras”.¹⁷

O limite nas pontes sobre rios limítrofes é em geral determinado pela seção média transversal entre os dois encontros da ponte, uma vez que o ponto médio da ponte nem sempre coincide com o talvegue, ou com a linha mediana do rio. Tal regime foi adotado pelo Brasil e o Uruguai com relação à ponte Mauá, construída sobre o rio Jaguarão, não obstante o limite no rio ser pelo talvegue.

Quanto às ilhas nos rios limítrofes, não haverá dificuldades, desde que pertencem elas ao Estado entre cujos limites se encontrarem. Para determinação da linha limítrofe será ela a do talvegue do rio, se navegável, ou a da linha média, se não navegável, ressalvada, naturalmente, qual-

¹⁶ ACCIOLY, II, pág. 27.

¹⁷ Essa ata se encontra no Arquivo do Itamarati (ACCIOLY, *Tratado*, II, pág. 144).

quer estipulação de tratado. Entretanto, deve sempre prevalecer a discriminação determinada pela posição do talvegue ou da linha média por ocasião da demarcação. Uma vez assentada a linha, as ilhas só poderão mudar de jurisdição em virtude de acessão a uma das margens, unindo-se ao território do Estado limítrofe.

Não havendo estipulação especial, o limite num lago ou lagoa, que separa dois ou mais Estados, segue a linha da meia distância entre as margens. Entretanto, nem sempre os casos se apresentam com tanta simplicidade, pois a forma da superfície de água pode dificultar o traçado da linha. No caso de superfície estreita e longa, na qual as margens opostas pertencem a Estados diversos, o limite é a linha mediana. Quando parte das duas margens pertence a um só Estado, pode ocorrer o seguinte:

a) os pontos extremos do território desse Estado estão colocados, em cada margem, um em face do outro. Neste caso, a linha divisória é a que liga os dois pontos extremos;

b) os dois pontos extremos não se defrontam. Nesta hipótese, a linha divisória deve partir de um dos pontos atravessar a superfície do lago em sentido perpendicular à margem, até encontrar a linha mediana das águas, e continuar por esta até atingir outra perpendicular tirada pelo outro ponto extremo.¹⁸

Na fronteira entre o Brasil e a Bolívia existem as lagoas de Cáceres, Mandioré, Gaíba e Uberaba. Parte dessas lagoas foi cedida pelo Brasil à Bolívia pelo Tratado de La Paz, de 27 de março de 1867, sendo traçada a fronteira pela linha mediana. O Tratado de Petrópolis, de 17 de novembro de 1903, ampliava tais concessões.

A lagoa Mirim, na fronteira com o Uruguai, pertencia inteiramente ao Brasil. Pelo tratado de 30 de outubro de 1909, firmado no Rio, o Brasil cedeu ao Uruguai a parte da lagoa compreendida entre a sua margem ocidental e a nova

¹⁸ ACCIOLY, *Tratado*, II, pág. 150.

fronteira, que segue, em determinado trecho, pela linha mediana da lagoa.¹⁹

36. **Domínio fluvial.** Já examinamos as questões relativas aos rios que servem de divisas dos Estados, ou *rios contíguos*.

Os rios podem ser classificados como *nacionais* e *internacionais*. Os primeiros são os que correm inteiramente no território de um só Estado; os segundos, os que separam ou atravessam o território de mais de um Estado; se apenas separam, nada há a acrescentar ao que atrás ficou exposto, pois nada mais interessa ao direito penal. Sobre os rios nacionais exerce o Estado a sua plena soberania, podendo, nesse exercício, conceder certas regalias aos outros Estados, mediante permissão à navegação de navios estrangeiros, consentimento para pesca, expedições científicas, etc. Constituem parte integrante do domínio territorial do Estado.

Tratando-se de rio internacional sucessivo, o regime diz respeito simplesmente à navegação, sendo o trecho do rio que atravessa o território de determinado Estado, para o ponto de vista do direito penal, perfeitamente equiparado a mar territorial. E isso porque, é claro, a liberdade de navegação não importa em renúncia aos direitos de jurisdição e

¹⁹ A linha divisória foi fixada pelo art. 3.º do Tratado:

“Princiando na foz do arrolo de São Miguel... a nova fronteira “atravessará longitudinalmente a lagoa Mirim até a altura da ponta “Rabotleso, na margem uruguaia, por meio de uma linha quebrada, “definida por tantos alinhamentos retos quantos sejam necessários “para conservar a maior distância entre os pontos principais das “duas margens ou, se o fundo for escasso, por tantos alinhamentos “quantos sejam necessários para acompanhar o canal da referida “lagoa. Da altura da citada ponta Rabotleso, a linha divisória se “inclina na direção do noroeste o que for preciso para passar “entre as ilhas do Taquari... e daí irá alcançar nas proximidades “da ponta Parobé... o canal mais profundo, continuando por ele “até defrontar a ponta Muniz... e a ponta dos Latinos... Deste “ponto intermédio, e passando entre a ponta Muniz e a ilha brasileira do Juncal irá buscar a foz do Jaguarão...” (citado por ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, II, pág. 151).

polícia. Ao contrário. Não obstante franqueados à navegação mercante estrangeira, os rios internacionais estão inteiramente subordinados à jurisdição do Estado cujo território atravessam.

37. Domínio marítimo. O projeto do Instituto de Investigação do Direito Internacional da Universidade de Harvard estabeleceu, com muita clareza, sob o nome comum de *águas territoriais*, o que seja *mar marginal*, ou seja, “a parte do “mar compreendida dentro de três milhas da costa, medidas “a partir da linha média da maré baixa, ou a partir do limite “para fora de uma baía ou da desembocadura de um rio, e “as *águas interiores*, ou sejam as que ficam no interior do “*mar marginal* e as compreendidas no interior do território “terrestre”.²⁰

É bem de ver que a natureza do presente trabalho não comporta mais larga explanação sobre as variadas discussões que se têm travado em torno da evolução e conceito do *mar territorial*. O que nos interessa é tão-somente registrar os princípios vigentes, aos quais o Brasil empresta sua adesão.

Pela circular n.º 92, de 31 de julho de 1850, expedida pelo ministro da Guerra aos presidentes das Províncias marítimas, foi reconhecido como critério para fixação de *mar territorial* o alcance dos canhões colocados no litoral. Era a consagração da conhecida máxima: *terrae dominium finitur ubi finitur armorum vis*.

Durante a Grande Guerra, o ministro das Relações Exteriores, em circular dirigida aos presidentes dos Estados e aos ministros da Guerra e da Marinha, reconheceu o limite de três milhas marítimas. Posteriormente, pelo Regulamento da Diretoria de Pesca e Saneamento do Litoral, em 1923, foi considerado mar territorial brasileiro a faixa marítima de três milhas, a partir do litoral. Na conformidade do art. 2.º, parág. único, desse regulamento, a distância de três milhas “será contada para fora das linhas retas que unirem as pon-

²⁰ BUSTAMANTE, *El Mar Territorial*, pág. 152.

“tas mais salientes do litoral, distantes no máximo 10 milhas umas das outras”.²¹

Entre o mar territorial e o alto-mar, também se tem convencionado a existência de uma faixa, a que se tem chamado *zona contigua*, na qual o Estado exerceria apenas certos direitos, principalmente relativos à polícia sanitária ou aduaneira, ou controle da pesca.

A Conferência Pan-Americana, reunida no Panamá, em outubro de 1939, estabeleceu o princípio de um *mar continental* ou *zona de segurança*. Mediante uma declaração — a Declaração do Panamá — ficou estabelecida uma zona de proteção, constante de uma faixa de 300 milhas de mar, em volta de todo o continente de países beligerantes, salvo as costas das possessões. Essa declaração envolve uma tentativa de estabelecer uma nova norma de direito internacional. Entretanto, tal zona de segurança não deve ser considerada sob o mesmo regime do mar territorial, pois é equiparada “ao *mar aberto* para todas as atividades de comércio e tráfego pacíficos das embarcações de qualquer bandeira”.²²

Posteriormente, em setembro de 1941, a Comissão Interamericana de Neutralidade, com sede no Rio de Janeiro, em *Recomendação*, firmou novo critério quanto ao *mar territorial*. É a seguinte a regra formulada: “A soberania de cada Estado se estende, nas respectivas costas marítimas, até uma distância de 12 milhas, contadas da linha da mais baixa maré na costa firme ou nas margens das ilhas que formam parte do território nacional, ficando entendido que, no que respeita aos golfos, baías, estuários, rios, estreitos, canais, etc., se devem aplicar as normas que, por consuetudinárias ou convencionais razões, o direito internacional estabelece”.

²¹ ACCIOLY, *Tratado*, II, pág. 206: (zona contigua), 233; (segurança), 198; (linha de respeito), 198.

²² CHARLES G. FENWICK, *A Comissão Interamericana de Neutralidade*, na *Revista Forense*, vol. 86, pág. 243.

Firmaram a *Recomendação* os membros da Comissão, AFRÂNIO DE MELO FRANCO, EDUARDO LABOUGLE, MARIANO FONTECILLA e SALVADOR MARTÍNEZ MERCADO, tendo sido voto vencido de CHARLES G. FENWICK.

38. Domínio aéreo. Vale lembrar, pelo seu valor histórico, a célebre controvérsia que teve por teatro a reunião do Instituto de Direito Internacional, de 1906, em Gand: FAUCHILLE defendia a absoluta liberdade do ar, entendendo que o espaço aéreo não podia ser limitado por nenhuma soberania. Outra corrente, chefiada por WESTLAKE, defendia o direito de jurisdição dos Estados sobre o espaço aéreo correspondente a seus territórios. Se vencedora foi, então, a primeira tese, hoje em dia nenhuma dúvida pode mais existir sobre a supremacia da segunda. ²³

Entretanto, alguns autores, não obstante reconhecerem que a soberania do Estado se estende ao espaço aéreo, pretendem dividi-lo em duas zonas: uma *territorial*, submetida integralmente à lei do Estado, e outra *livre*, não sujeita à sua soberania.

A teoria que admite deva estender-se a soberania do Estado subjacente a todo o espaço aéreo que cobre o seu território, embora admitida uma *servidão internacional de passagem*, na Expressão de COSTA E SILVA, ²⁴ encontra hoje integral consagração no direito interno de numerosos países e no direito das gentes.

Entre nós, o Dec. n.º 20.914, de 6 de janeiro de 1932, no seu art. 1.º, dispôs: “Os Estados Unidos do Brasil exercem plena e exclusiva soberania em todo o espaço aéreo correspondente ao seu território e águas territoriais.” E o Código Brasileiro do Ar, de 8 de junho de 1938, que veio consolidar as disposições anteriores, estabeleceu, quase que com as mesmas palavras, no seu art. 1.º: “Os Estados Unidos do Brasil exercem completa e exclusiva soberania sobre

²³ ACCIOLY, II, pág. 271.

²⁴ *Código Penal Comentado*, I, pág. 35.

“ o espaço situado acima do território nacional e águas territoriais.” ²⁵

Coincidindo, dessa maneira, o espaço aéreo com o território nacional, as aeronaves ficam também sujeitas ao mesmo regime das embarcações, quanto às demais questões que se suscitem. O Código do Ar dispõe no art. 2.º que “o direito aéreo é regulado pelas convenções e tratados a que o Brasil tenha aderido ou ratificado”. Reza o art. 3.º: “Considera-se território do Estado de sua nacionalidade as aeronaves militares, onde quer que se encontrem, e as de outra espécie, quando em alto mar ou em território que não pertença a nenhum Estado.” Na conformidade do artigo 5.º: “Consideram-se em território do Estado subjacente quaisquer aeronaves não-militares ali em vôo ou em pouso.” ²⁶ Dispõe o art. 6.º: “Reputam-se praticados no Brasil os atos que, originados de uma aeronave, considerada território estrangeiro, produziram, ou vierem a produzir, efeitos penais, ou quaisquer danos no território nacional. Parágrafo único. Se tais atos se originarem de uma aeronave considerada território brasileiro, atingindo as suas consequências território estrangeiro, serão cumulativamente do domínio das leis brasileiras e das leis estrangeiras.”

Sem falar na impropriedade técnica das expressões empregadas pela lei, é de lamentar-se o dispositivo que se arroga a atribuir competência à jurisdição estrangeira, embora concorrente com a do Brasil (parágrafo do art. 6.º).

Não seria necessário observar que os delitos praticados a bordo de aeronaves consideradas território não nacional, na conformidade do Código do Ar, estão sujeitos às regras de competências estabelecidas pelo Código Penal, art. 5.º.

²⁵ Sobre o assunto, veja-se *Direito Público Aéreo*, de A. B. CARNEIRO DE CAMPOS, Rio de Janeiro, 1941.

²⁶ No texto oficial do Código está escrito “aeronaves militares”, mas é evidente que se trata de um equívoco, como observou HUGO SIMAS (*Código Brasileiro do Ar*, pág. 40), pois, de outra maneira, estaria o art. 5.º em antinomia com o art. 4.º

A questão relativa à determinação da jurisdição do Estado quanto ao espaço aéreo reduz-se, assim, a uma extrema simplicidade: estabelecido o conceito de *território nacional* — é domínio aéreo do Estado todo o espaço aéreo acima desse território.

39. **Navios e aeronaves.** Não tendo definido o que se deva entender por território nacional, o Código também nenhuma regra estabeleceu sobre a questão da jurisdição quanto aos crimes praticados em navios ou aeronaves. O Código Penal de 90, dispondo a respeito (art. 4.º), mereceu várias críticas, pelas lacunas de que se ressentia, principalmente porque, incluindo na definição de território nacional os navios mercantes estrangeiros surtos em portos brasileiros”, nada dispôs sobre tais navios, quando, fora dos portos, se encontrassem em águas territoriais do Brasil. ”

Antes de expor os princípios dominantes sobre a aplicação da lei penal aos crimes praticados a bordo de navios ou aeronaves, devemos verificar as condições postas pela lei para caracterizar-se a nacionalidade brasileira. Para que um navio seja tido como brasileiro, exige-se: 1.º, que seja propriedade de cidadão brasileiro, ou de sociedade ou empresa com sede no Brasil, gerida exclusivamente por cidadãos brasileiros; 2.º, que seja navegado por capitão ou mestre brasileiro; 3.º, que pelo menos dois terços da tripulação sejam brasileiros (Dec. n.º 123, de 11 de novembro de 1892, arts. 3.º e 10, e Dec. n.º 2.304, de 2 de julho de 1896). Recentemente com as providências adotadas para a nacionalização do trabalho, dispõe o dec. n.º 20.671, de 17 de novembro de 1931, no seu art. 3.º, que “só brasileiros serão admitidos à matrícula nas capitâneas dos portos para empregarem sua atividade profissional nos navios ou embarcações mercantes.”

²⁷ OSCAR DE MACEDO SOARES, *Código Penal Comentado*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1908, pág. 18; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1932, pág. 84.

Quanto às aeronaves, dispõe o Código Brasileiro do Ar (Dec. n.º 483, de 8 de julho de 1938) que “se consideram da nacionalidade do Estado em cujo registro de matrícula estejam regularmente inscritas” (art. 20).

E o mesmo Código, no art. 22, dispõe que só poderão ser inscritas no Registro Aeronáutico Brasileiro as aeronaves privadas que forem de propriedade exclusiva de brasileiro ou de pessoa jurídica brasileira, com sede no Brasil, com gerência exclusivamente confiada a brasileiros, e um terço, pelo menos, do capital social pertencente a brasileiros, aqui domiciliados.

Os navios, como as aeronaves, podem ser públicos ou privados. Quanto aos navios, são considerados públicos além dos navios de guerra e de quaisquer outros empregados em serviços militares, também os empregados pelo Estado em qualquer serviço público, tal como o de alfândega, polícia, etc. Reconhece-se também o caráter público aos navios postos exclusivamente a serviço de soberanos ou chefes de Estado e de representantes diplomáticos.

Ainda recentemente, o Dec.-lei n.º 3.641, de 19 de setembro de 1941, que deu nova redação ao art. 15 da Consolidação das leis, decretos, circulares e decisões referentes ao exercício das funções consulares brasileiras, estabeleceu que “as autoridades consulares devem ter presente que os “iates de recreio procedentes dos países amigos e que, não “transportando carga para fim comercial, trouxerem a bordo “seus proprietários em viagem de recreio, devem ser “tados nas alfândegas da União com a mesma distinção e as “regalias dos navios de guerra” e “iguais privilégios serão “dados aos navios que se destinem a explorações científicas.”

A concessão de tais regalias aos iates de recreio e aos navios destinados a expedições científicas fica subordinada à concessão de licença especial do Governo, antes da partida para o Brasil. ²⁸

²⁸ Decreto-lei citado, art. 1.º, §§ 1.º e segs.

Segundo o Código Brasileiro do Ar, consideram-se aeronaves públicas: as militares, as que forem utilizadas pelo Estado em serviço público, assim como toda aeronave comandada por pessoa incorporada às forças armadas nacionais em serviço ativo. Assimilam-se às aeronaves privadas as públicas empregadas exclusivamente em tráfego comercial ou postal, quando dirigidas por civis (art. 19 e seu parágrafo).

Quanto aos delitos praticados a bordo dos navios ou aeronaves públicos (estrangeiros), estejam fora do nosso domínio territorial ou aéreo, ou dentro deles, clara é a inaplicabilidade da nossa lei, ressalvadas, entretanto, as disposições do art. 5.º do Código Penal.

Se os tripulantes de navios públicos de nacionalidade estrangeira descem à terra a serviço e praticam algum delito, será este da competência do Estado do navio. A prática tem consagrado, por uma questão de cortesia diplomática, a renúncia por parte do Brasil à punição de delitos sem gravidade praticados por gente da tripulação de navios de guerra, ainda que tenham vindo à terra simplesmente a passeio.

Relativamente aos delitos praticados em navios privados estrangeiros que naveguem em águas territoriais do Brasil ou se encontrem surtos em algum porto nacional, deve reger a matéria o art. 5.º do Código Penal, combinado com o Decreto n.º 855, de 8 de novembro de 1851, ainda vigente. Assim, firma-se a aplicabilidade da lei brasileira, se o delito foi praticado por brasileiro, ainda que membro da tripulação, ou se ocorrem quaisquer das outras hipóteses do art. 5.º. É claro que o processo ficará na dependência das condições estabelecidas por esse dispositivo da nossa lei.

Se o navio privado estrangeiro se encontra em porto nacional, firma-se a competência do Brasil, na forma do decreto de 1851, se se tratar de delito grave e tenha a sua prática perturbado a tranqüilidade pública ou particularmente atingido qualquer habitante do país. A ausência desse re-

quisito não exclui a aplicação da nossa lei, nos casos do art. 5.º.

Quanto aos delitos praticados a bordo de aeronaves, a matéria já foi exposta anteriormente, ao tratarmos de domínio aéreo (n.º 38).

No que diz respeito aos delitos praticados em navios públicos brasileiros, é competente a nossa justiça para julgá-los, onde quer que se encontre o navio. Tratando-se de vapores privados em águas territoriais ou em portos estrangeiros, e não ocorrendo nenhuma das hipóteses do art. 5.º, não há como justificar-se a aplicação da lei brasileira quanto aos crimes praticados a bordo, de vez que nenhum interesse nacional terá sido atingido. Entretanto, se o navio se encontra fora das águas territoriais, em alto mar, a competência para o julgamento dos crimes praticados será a da justiça do país a que pertencer o navio.

No caso de delitos praticados em um navio em alto mar, com resultado produzido em outro navio, também em alto mar, de nacionalidade diversa, devem ter aplicação as regras de direito interno relativas à competência. Nesse sentido foi a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, de Haia, no discutido caso do *Lotus*. Na noite de 2 de agosto de 1926, o navio francês *Lotus*, em viagem para Constantinopla, abalroou o navio carvoeiro turco *Boz-kourt*, do que resultou ser este afundado, perecendo oito tripulantes de nacionalidade turca. O governo da Turquia fez processar o comandante do navio turco e o oficial que pilotava o vapor francês no momento do desastre, os quais foram afinal condenados por homicídio culposo. Em face do protesto do governo francês, que negava a competência da justiça turca para processar um estrangeiro por fato praticado em um navio estrangeiro em alto mar, foi o caso submetido à Corte de Haia, que, a 7 de setembro de 1927, proferiu decisão assentando, pelo voto de desempate do seu presidente, a aplicabilidade da lei turca. Concluiu a Corte que "o que se passa a bordo de um navio em alto mar deve ser con-

“siderado como se tivesse ocorrido no território do Estado
“cuja bandeira o navio usa. Se, pois, um ato delituoso, co-
“metido num navio, em alto mar, produz seus efeitos sobre
“um navio que usa outra bandeira ou sobre um território
“estrangeiro, devem ser aplicados ao caso os mesmos prin-
“cípios que se aplicariam se se tratasse de dois territórios
“de Estados diferentes, e, portanto, deve concluir-se que ne-
“nhuma regra de direito internacional proíbe ao Estado, de
“que depende o navio, onde os efeitos do delito se manifes-
“taram, considerar esse delito como se tivesse sido cometido
“no seu território e exercer a ação penal contra o delin-
“quente.”²⁹ O julgado da Corte assentou a preeminência
do direito interno, em casos como esse, uma vez que tal di-
reito não colida com os princípios gerais do direito das gentes.

Este caso tem para nós real interesse, por isso que o cri-
tério adotado pelo nosso Código, no art. 4.º, coincide com o
da legislação da Turquia, julgada pela decisão daquela alta
Corte, perfeitamente harmônica com o direito internacio-
nal³⁰

²⁹ *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*,
Série A, n.º 10, pág. 25, citado por HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de
Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1934, vol. II.

³⁰ O Código de Processo Penal assim regula, na espécie, a com-
petência da justiça brasileira:

“Art. 89. Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas
“territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como
“a bordo de embarcações nacionais, em alto mar, serão processados e
“julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a
“embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do país, pela do
“último em que houver tocado.

“Art. 90. Os crimes praticados a bordo de aeronave nacional,
“dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou
“ao alto mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço
“aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e jul-
“gados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso
“após o crime, ou pela da comarca de onde houver partido a aeronave.

“Art. 91. Se não se firmar a competência de acordo com as nor-
“mas estabelecidas nos arts. 89 e 90, será competente o juízo da Ca-
“pital da República”.

40. **Imunidades diplomáticas.** O princípio da territorialidade do direito penal sofre flagrante restrição com os privilégios que resultam das chamadas *imunidades diplomáticas*. Muito embora as concessões de tais privilégios nem sempre estejam estipuladas em tratados ou convenções, resultam elas do respeito devido a regras consuetudinárias do direito das gentes, cuja recepção pelo direito interno se faz, tácita ou expressamente.

O Código Penal no art. 4.º ressalva a vigência desses privilégios, afrouxando o rigor do princípio da territorialidade, quer em obediência a estipulações expressas em atos internacionais firmados pelo Brasil, quer em homenagem a regras costumeiras nas relações internacionais.

A doutrina é extremamente vacilante sobre os exatos limites que devem ser traçados a tais prerrogativas. Por isso, para bem fixar a extensão que o Brasil vem emprestando a esses privilégios, tomamos como paradigma a Convenção sobre Funcionários Diplomáticos, firmada em Havana, a 20 de fevereiro de 1928, pelo Brasil e mais 19 países americanos, tendo sido ratificada pelo Brasil a 30 de julho de 1929. De acordo com o art. 14 dessa Convenção, a inviolabilidade dos funcionários diplomáticos sobre a sua pessoa, residência, particular ou oficial, e bens, se estende: 1.º a todas as classes desses funcionários; 2.º, a todo pessoal oficial da missão; 3.º, aos membros da família, que vivam sob o mesmo teto; 4.º, aos papéis, arquivos e correspondência da missão. O art. 18 isenta os funcionários diplomáticos, no Estado onde se achem acreditados: 1.º, de quaisquer impostos pessoais; 2.º, dos impostos prediais sobre o edifício da missão, quando este pertencer ao respectivo governo; 3.º, dos direitos aduaneiros sobre os objetos destinados ao uso oficial da missão ou ao uso pessoal do funcionário diplomático ou da sua família. E o art. 19 os isenta de *"toda jurisdição civil ou criminal do Estado entre o qual se achar acreditados."*

As pessoas que gozam de imunidades relativas à jurisdição podem recusar-se a servir como testemunha perante os tribunais do país (art. 21). A imunidade começa quando o diplomata entra no país onde vai servir e dá a conhecer a sua qualidade, e, depois de terminada a missão, ainda dura o tempo necessário para que possa o diplomata retirar-se (art. 22). As imunidades e prerrogativas são também reconhecidas nos Estados de trânsito dos funcionários diplomáticos (art. 23). No caso de morte do diplomata, são asseguradas as imunidades à sua família, pelo tempo razoável para a sua retirada do país (art. 24).³¹

Nessa conformidade são asseguradas as imunidades diplomáticas aos representantes acreditados junto ao nosso Governo, ainda que o Brasil nada tenha expressamente estipulado com vários dos países representados. Em tais casos, na falta de tratado ou convenção, vigoram as *regras de direito internacional*, vigente sempre o princípio da reciprocidade.

Assim, não obstante a opinião contrária de certa corrente da doutrina, está excluído dos benefícios das imunidades todo o pessoal não oficial da missão diplomática, constituído por secretários particulares, dactilógrafos, mordomos, criados ou motoristas, ainda que nacionais do país representado.

Os cônsules, muito embora gozem de certos privilégios, tais como a inviolabilidade da residência e dos lugares ocupados pela chancelaria e arquivos consulares, e dispensa do pagamento de determinados impostos, não estão isentos da jurisdição civil ou criminal do Estado em que servem.³²

Na Sexta Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, em 1928, tal como em relação aos agentes diplomáticos, foi também firmada uma convenção sobre agentes consulares. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil, em 30 de julho de 1929, e consagra os princípios expostos acima.

³¹ HILDEBRANDO ACCIOLY, *Atos internacionais vigentes no Brasil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1936, vol. I, pág. 7.

³² GRAHAM STUART, *Le droit et la pratique diplomatiques et consulaires*, no *Recueil des Cours*, vol. 48, pág. 521.

A doutrina moderna do direito das gentes abandonou totalmente o critério de considerar as imunidades diplomáticas como aplicação do princípio da extraterritorialidade. Já não há necessidade de recorrer-se a essa detestável ficção jurídica, para se assegurarem aos representantes diplomáticos os privilégios relativos à isenção de jurisdição penal e civil. Além disso, com as numerosas exceções criadas pela lei ao princípio da territorialidade do direito penal, tal ficção se tornou insuficiente para justificar essas imunidades.

Decorressem os privilégios de imunidade penal e civil apenas da circunstância de se considerarem *extraterritoriais* as pessoas dos funcionários diplomáticos, já não estariam eles isentos de processo perante a justiça brasileira, quando praticassem qualquer crime que se ajustasse a uma das hipóteses previstas no art. 5.º do nosso Código Penal, pois, embora cometido no estrangeiro, tal crime estaria sujeito à lei brasileira. Por aí se vê que a extraterritorialidade da pessoa do diplomata, isto é, o fato de ser ele considerado *como se estivesse no estrangeiro*, não bastaria para isentá-lo da jurisdição penal do Brasil, uma vez que o citado art. 5.º autoriza, em determinados casos, a instauração do processo, ainda que o agente tenha praticado o crime no estrangeiro, e aí se encontre.

As imunidades diplomáticas são privilégios outorgados aos representantes diplomáticos estrangeiros, observado sempre o princípio da mais estrita reciprocidade.

Quando, ainda hoje, se vê empregada a expressão "extraterritorialidade" para caracterizar a isenção de jurisdição, não pretende ela indicar senão o fato de que a pessoa chamada "extraterritorial" fica submetida à jurisdição dos tribunais de seu país de origem.³³ Como muito bem expõe AN-TOKOLETZ, partindo de uma citação de MONTESQUIEU, a extraterritorialidade não mais corresponde à realidade das coisas. É uma doutrina prejudicial, porque, admitido o princípio, de-

³³ HAMMARSKJÖLD, *Les immunités des personnes investies de fonctions internationales*, in *Recueil des Cours*, vol. 56, pág. 132.

vem-se aceitar suas conseqüências, e estas estabelecem privilégios exorbitantes. Ademais, é uma teoria insuficiente para explicar certas imunidades, como, por exemplo, a de jurisdição civil, posto que várias legislações modernas permitem processar nacionais residentes no estrangeiros. ³⁴ Conseqüentemente, não há também como insistir-se em admitir a extraterritorialidade das casas ocupadas pelas missões diplomáticas ou por seus funcionários. A ficção que fazia considerar-se como um pedaço de território do país representado a casa da legação ou embaixada, assim como as dos funcionários cobertos por imunidades, também já não é suficiente para justificar os privilégios em vigor, dadas as crescentes restrições impostas ao princípio da territorialidade da lei penal. As hipóteses referidas no art. 5.º, a que acima aludimos, excluiriam os privilégios de imunidade, caso decorressem eles apenas da circunstância de se considerarem os fatos praticados nas legações ou embaixadas *como se tivessem ocorrido em território estrangeiro*. As prerrogativas dos agentes diplomáticos são exclusivamente qualidades pessoais (*redundantes in personam*) e estabelecidas *ne impediatur legati*, decorrendo daí que a inviolabilidade e a imunidade das sedes das legações ou embaixadas e os domicílios do pessoal da missão carecem do caráter real de extraterritorialidade. ³⁵

Bem se está vendo que também nesta matéria claramente se faz sentir a tendência para o banimento das ficções jurídicas, recurso tão do agrado de certas correntes da legislação e da doutrina, que timbram por evitar as soluções realistas em homenagem a um mal-entendido critério sistemático ou a uma já impossível coerência com o primitivo conteúdo de determinados institutos.

As regras de direito das gentes, consagradas ou não por tratados ou convenções, e as práticas de cortesia internacional presidem às soluções de todos os problemas relativos às

³⁴ ANTOKOLETZ, ob. cit., vol. II, pág. 413.

³⁵ ONDEI, *Sulle immunità diplomatiche nel diritto penale*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1938, pág. 1.057.

imunidades diplomáticas e dirimem os possíveis conflitos de leis relativas à competência para o julgamento dos delitos praticados a bordo de navios ou aeronaves, de qualquer natureza.

De qualquer maneira, não há mais lugar para a ficção da extraterritorialidade, numa época em que as normas de direito interno se tornam cada vez mais díspares, de país para país, e em que, em cada um deles, domina o sentimento de afirmação de sua própria soberania.

41. Convenções, tratados, regras de direito internacional. O art. 4.º ressalva, em face da lei brasileira, o vigor das estipulações constantes de *convenções, tratados e regras de direito internacional*.

Na verdade, como veremos adiante, o princípio de territorialidade do direito penal sofre exceções, que são impostas por estipulações realizadas pelo Brasil com outros Estados, por meio de convenções ou tratados, ou pelo respeito devido a certas regras costumeiras internacionais.

Dessa maneira, o Brasil renuncia ao exercício de sua jurisdição sobre determinadas pessoas que se encontram em seu território, ou reconhece certos privilégios que importam em derrogação parcial do princípio declarado no art. 4.º.

O Projeto ALCÂNTARA MACHADO fazia referência a “convenções, tratados e normas universalmente aceitas de direito internacional” (art. 3.º). A Comissão Revisora tornou mais simples a expressão, pois não se pode exigir que se trate de “normas universalmente aceitas”. Se a *norma* atendível para o efeito a que se refere o art. 4.º deve repousar, principalmente, na reciprocidade, não é necessário que seja “universal”. Há *normas americanas*, estabelecidas nos costumes internacionais dos países da América, como podem existir normas vigorantes nas relações entre dois países vizinhos e válidas somente entre eles.

Já se tem dito ser redundante falar em *tratado e convenção*, uma vez que entre eles não há diferença. De fato, alguns autores os têm como sinônimos, já que as duas ex-

pressões são, hoje, usadas indiferentemente, sem distinção apreciável entre uma e outra. ²⁶

Entretanto, há uma realidade: certos atos internacionais são intitulados *tratados* e outros *convenções*. Uns e outros podem conter estipulações das que são referidas no art. 4.º.

Aliás, ainda prestigiosos autores fazem a respeito nítida distinção. Escreve RAUL PEDERNEIRAS: “*Tratado* é o ato pelo qual dois ou mais Estados estabelecem, modificam ou extinguem um vínculo jurídico. Difere da *convenção*, não política, por sua forma mais solene e por abranger questões “menos genéricas.” ²⁷

Por outro lado, observa SANCHEZ DE BUSTAMANTE que não obstante serem, no mínimo, 14 os nomes com que se designam os acordos internacionais, *tratado* é uma denominação genérica, que é empregada comumente em todas as línguas, nenhum outro termo podendo com ele competir, pela compreensão fácil e rápida de seu objeto. Entretanto, é comum opor-se-lhe a palavra *convenção*, chamando-se *tratados* os pactos de mais importância, e *convenções* os menos relevantes. Esta tendência observa-se efetivamente na prática internacional. Chamam-se sempre *tratados* aos de paz e de aliança; e *convenções* as que são preparadas e assinadas nas conferências internacionais, versando questões de outra natureza. Todavia, a expressão *tratado de comércio* é também corrente. De qualquer maneira, o limite entre as duas fórmulas é bastante incerto, e determinada matéria pode ter sido objeto de um *tratado* e vir a ser, de outra feita, disciplinada por uma *convenção*. A divergência ainda existente na doutrina sobre a nomenclatura dos atos internacionais basta para justificar a discriminação adotada pelo Código.

²⁶ HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, Rio de Janeiro, 1956, pág. 544.

²⁷ RAUL PEDERNEIRAS, *Direito Internacional Compendiado*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1939, pág. 221.

42. **Imunidades parlamentares.** Diversa da questão relativa à pseudo-extraterritorialidade decorrente das *imunidades diplomáticas* é a concernente às *imunidades parlamentares*. É um defeito de técnica o seu tratamento conjunto.³⁸ As imunidades parlamentares constituem, em parte, uma causa de exclusão de crime³⁹ e, em parte, uma condição de não processabilidade enquanto não intervém licença da Câmara

³⁸ HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, p. g., 1946, pág. 192.

³⁹ Constituição, art. 44: "Os deputados e os senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos".

Este dispositivo, como é bem de ver, não importa *imunidade penal* quanto aos atos praticados pelo parlamentar com traição ao mandato e em detrimento do interesse nacional, ainda que tais atos se venham ligar a suas opiniões, palavras ou votos. Ninguém poderá duvidar, por exemplo, que comete o crime de corrupção passiva o deputado ou senador que mercadeja com o próprio voto. É o que justamente acentua LAFERRIÈRE (*Manuel de Droit Constitutionnel*, ed. 1947, pág. 711):

"Envisagé en lui même, l'acte de vote ne peut jamais fournir matière à poursuites; envisagé dans son contenu, il est l'expression d'une opinion. Mais le vote peut s'attacher à des actes antérieurs, étrangers ou même contraires au mandat et qui, eux, peuvent constituer des infractions; par exemple, si un député a reçu de l'argent pour voter dans un sens déterminé. La corruption consentie par un député n'est couverte par l'irresponsabilité". No mesmo sentido, GARRAUD (*Traité*, I, 377, nota 7). O que a Constituição quer dizer, no seu artigo 144, é que nas opiniões, palavras ou votos dos mencionados representantes do povo jamais se poderá identificar qualquer dos chamados "crimes de opinião" ou "crimes da palavra" (crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, propaganda subversiva da ordem política-social, preconceito de ódio entre classes, vilipêndio oral a culto religioso, etc., etc.) Fora daí, não há imunidade alguma. Suponha-se, por exemplo, que um deputado, da tribuna da Câmara, revele um segredo atinente à Defesa Nacional. Evidentemente, terá de responder por crime de espionagem. Veja-se, para maior elucidação do tema, o erudito parecer do deputado MARTINS RODRIGUES no "caso do telegrama n.º 295", publicado no *Jornal do Comércio* de 27-4-1957.

a que pertence o acusado. ⁴⁰ As imunidades diplomáticas, ao contrário, não excluem, em caso algum, a existência de crime: apenas colocam o seu titular fora da jurisdição penal do Estado em que se acha acreditado, para submetê-la à de seu país. O setor das imunidades parlamentares é o das causas excludentes de crime ou de punibilidade, e não no das exceções *ratione personæ* ao princípio da territorialidade da lei penal.

43. Crimes cometidos no estrangeiro. Extraterritorialidade.

Como já ficou acentuado (n.º 32), o princípio da territorialidade, adotado como regra geral pelo Código (artigo 4.º), sofre várias exceções. Entre o *territorialismo* absoluto e a irrestrita *extraterritorialidade*, o Código preferiu, a exemplo, aliás, das legislações modernas, uma posição de limitada transigência ou a chamada “territorialidade temperada”. Se já no próprio art. 4.º ressalva a possibilidade de renúncia de jurisdição do Estado, mediante convenções, tratados ou regras de direito internacional, quanto a crimes total ou parcialmente praticados no território brasileiro, por outro lado, no art. 5.º, prevê uma série de casos em que a aplicação da lei brasileira é extensível a crimes praticados fora do território nacional. São feitas *concessões* ao *princípio real ou da defesa* (art. 5.º, n.º I), ao princípio da *personalidade ativa* (art. 5.º, n.º II, letra b) e *passiva* (art. 5.º, § 3.º) e ao *princípio da universalidade* (art. 5.º, n.º II, letra a). Ainda mais: nos arts. 7.º (limitada eficácia de sentença penal estrangeira) e 46 (adoção da chamada “reincidência internacional”), o Código adere, para certos efeitos, ao princípio da “internacionalização da sentença penal”, que se liga ao da universalidade ou cosmopolitismo do direito pe-

⁴⁰ Constituição, art. 45: “Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara”.

nal (isto é, ao preconizado critério de solidariedade mundial contra o crime).

A excepcional extraterritorialidade pode ser *condicionada* ou não. É incondicionada nas hipóteses constantes do artigo 5.º, n.º I, isto é, quando se trate de crimes (praticados no estrangeiro) *contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, contra o crédito, a fé pública ou o patrimônio da União, Estado federado ou município, ou contra a administração pública* (posto que o agente, brasileiro ou estrangeiro, esteja a seu serviço). Cumpre notar que a estas hipóteses acrescem as previstas no art. 17, letra *a*, do Dec.-lei n.º 394, de 28 de abril de 1938 (dispositivo esse que continua em vigor, dada a ressalva do art. 360 do Código Penal), em face do qual “poderão ser processados e julgados, ainda que ausentes, os brasileiros e estrangeiros que, em território *estrangeiro, perpetrem crimes contra a existência a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições, e contra a economia popular.*”

O incondicionalismo da aplicação da lei brasileira, em todas essas hipóteses, explica-se pela preeminência dos bens jurídicos atacados. O Estado não podia encantar-se intratavelmente no princípio da territorialidade, para abster-se ou assumir posição secundária ou subsidiária, no tocante à punição de crimes que afetam diretamente a interesses seus, específicos e vitais, isto é, atinentes à sua própria ordem político-social, financeira, econômica e administrativa. Incumbe-lhe exercer, em tais casos, o seu *jus puniendi*, como se o crime tivesse sido praticado no território nacional (*quase-territorialidade*), pois, de outro modo, haveria uma abdicação incompatível com a particular relevância dos interesses em jogo. Tomando a iniciativa, age *proprio nomine* e sem quaisquer limites ou percalços à aplicação da sua lei penal. Não tem que aguardar a intervenção da justiça do país em que foi o crime cometido ou de se conformar com os seus pronunciamentos. Não importa que o agente já tenha sido julgado, no caso concreto, segundo a lei alienígena. É ex-

preso, a tal respeito, o § 1.º do art. 5.º: “Nos casos do n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro”. No caso de condenação e efetivo cumprimento de pena no Estado *commissi delicti*, apenas se fará a atenuação ou cômputo de que cogita o art. 6.º. É de todo irrelevante que o agente (brasileiro, estrangeiro ou apátrida) não se encontre no território brasileiro: será processado e julgado *in absentia*. Nem há indagar se o fato é também incriminado no país em que foi praticado, ou se já se extinguiu a punibilidade segundo a lei estrangeira.

O crime *contra a vida ou a liberdade do Presidente da República* achava-se especialmente previsto no art. 2.º, n.º 9, do Dec.-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938; mas como a única pena cominada era a de morte e esta foi abolida pela atual Constituição (art. 141, § 31), ter-se-ia de aplicar o Código Penal comum (na parte relativa aos crimes *contra a vida, integridade física e liberdade individual*), de modo que a esse tempo no que respeitava à proteção penal, o Presidente da República se encontrava em situação secundária, cotejado com outros agentes do poder público (art. 3.º, n.º 2, do citado decreto). ⁴¹

A nova lei de Segurança Nacional, porém, veio corrigir a anomalia (41).

Os crimes *contra o crédito, a fé pública, o patrimônio federal, estadual ou municipal e a administração pública* estão previstos nos títulos X e XI, capítulo I, do Código.

Os crimes *contra a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições* (a que se refere o Dec.-lei n.º 394) estão previstos, quando praticados em tempo de paz, pela lei n.º 1.802, de 5-1-1953 e quando em tempo de guerra, pelo Dec.-lei n.º 4.766, de 1 de outubro de 1942.

⁴¹ Lei n.º 1.802, de 1953, art. 6.º, letra a.

Finalmente, os *crimes contra a economia popular* (a que também alude o Dec.-lei n.º 394) estão previstos no Dec.-lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Em todos os demais casos, a excepcional extraterritorialidade é *condicionada*, isto é, subordinada a determinados requisitos ou pressupostos.

O primeiro caso desta outra série é o dos “crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir” (art. 5.º, II, *a*). A quebra do princípio da territorialidade é, aqui, motivada, principalmente, pela necessidade de colaboração do Estado na luta contra certas *species* de criminalidade, cuja repressão interessa aos países civilizados em geral ou que afetam, em qualquer de suas fases (preparação, execução, consumação), contemporânea ou sucessivamente a países diversos, e são, por isso mesmo, tradicionalmente, objeto de tratados e convenções internacionais, no sentido de sua punição em qualquer desses países. Apresentam-se aqui os denominados *delicta juris gentium* ou “crimes internacionais”,⁴² como sejam o “tráfico de mulheres”, o “comércio de entorpecentes”, a “difusão de publicações obscenas” e a “danificação ou destruição de cabos submarinos”, de que cuidaram as Convenções de Paris de 1884, 1902, 1908 e 1910, de Haia de 1912, e de Genebra de 1921, 1923, 1925 e 1933, ratificadas pelo Brasil.⁴³

⁴² FEUILLELOY (ob. cit., pág. 796) assim define o *crime internacional*: “*toute action criminelle de droit commun qui aura été préparée, facilitée, consommée ou qui aura produit effet dans des pays différents, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l’infraction aient été accomplis dans des pays différents*”.

Costuma-se chamar “direito penal internacional” ao conjunto das normas relativas ao direito penal no espaço. O rótulo, porém, é impróprio ou ambíguo. Conforme adverte HAFTER (ob. cit., pág. 48), só se pode falar em “direito penal internacional” quando vários Estados convencionam a tutela penal comum de tais ou quais bens jurídicos, de modo que a jurisdição de qualquer deles não entra em

⁴³ CONS. HILDEBRANDO ACCIOLY, *Atos internacionais vigentes no Brasil*.

O segundo caso de extraterritorialidade condicionada é o referente a crime praticado, no estrangeiro, por *brasileiro* (art. 5.º, II, b). A exceção é justificada, preliminarmente, pelo *vínculo de nacionalidade* que segue o indivíduo mesmo fora do território pátrio (princípio da *personalidade ativa*), e tanto mais se impunha, como já foi observado, quanto a *não-extradição do nacional* é, entre nós, princípio constitucional (a partir da Constituição de 1934). Se o Brasil não entrega a outro Estado o brasileiro que aí delinqüiu, fica adstrito a puni-lo, segundo a lei nacional, pois, de outro modo, estaria assegurando a impunidade do crime. *Aut tradere, aut punire*. A aplicação da lei brasileira é, em tal caso, um corretivo da não extradição ou um sucedâneo da extradição. O Estado brasileiro torna-se como que um *gestor de negócios*, agindo *por conta* do Estado *patrati criminis*. É o que os autores suíços e alemães chamam *stellvertrentendes Strafrecht*. Resulta daí que a aplicação da lei brasileira não deve abstrair, de todo, a lei estrangeira, para não acarretar um tratamento penal mais severo do que aquele que o culpado teria sofrido no país em que cometeu o crime. Não importa que o agente seja brasileiro nato ou naturalizado (bem entendido: naturalizado antes da perpetração do crime). Se é *incerta* ou *contestada* a nacionalidade brasileira, a questão pode ser resolvida no próprio juízo penal (desde que dela não dependa a existência do crime). Segundo a doutrina dominante, se se trata de um *apátrida* (ou porque não teve jamais cidadania alguma ou porque perdeu a sua sem adquirir outra), deve ser considerado *brasileiro*, para os efeitos penais, desde que tenha sua residência habitual no território brasileiro.

O terceiro e último caso é o do crime praticado por estrangeiro *contra brasileiro* fora do Brasil (princípio da *personalidade passiva*). Todo Estado tem para com os seus cidadãos, onde quer que estejam, o dever de proteção. É a este

conflito com a de outro. Adequada, portanto, é a expressão no tocante ao direito penal convencional em torno dos *delicta juris gentium*.

raciocínio que obedece a excepcional extraterritorialidade admitida no § 3.º do art. 5.º. Vejamos agora quais são as condições a que está indeclinavelmente subordinada, nos três casos citados, a aplicação da lei brasileira. São várias e devem concorrer simultaneamente. A primeira delas é a *entrada do agente no território nacional*. Não é preciso que o ingresso se dê com ânimo de permanecer: basta que o agente se encontre, voluntariamente ou não, ou ainda que em trânsito, no território brasileiro. Se não pode ser processado *in absentia*, não se eximirá, entretanto, à pena de *revelia* (posto que regularmente citado *ab initio*), se intercorrentemente voltar ao estrangeiro.

Vem a seguir a condição de *ser o fato punível também no país em que foi praticado*. Quer-se, assim, evitar que o agente sofra, no Brasil, o que não sofreria no próprio país em que praticou o fato. Deve este ser previsto como crime, ainda que com diversidade de *nomen juris*, quer no Brasil, quer pela lei do Estado estrangeiro. Se é praticado em *terra nullius* (ex.: região polar), é bem de ver que o juiz somente terá em conta a lei brasileira incriminadora.

Outra das condições é *estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição*. Segundo o Dec.-lei n.º 394, de 28 de abril de 1938, que atualmente regula, entre nós, o instituto da extradição, não é esta concessível (art. 2.º) quando se trate de crimes: a) a que a lei brasileira imponha pena de prisão inferior a um ano; b) pelos quais o agente tenha de responder, no país requerente, perante tribunal ou juízo de exceção; c) puramente militares; d) contra a religião; e) políticos ou de opinião.

Puramente militares são os crimes *próprios* dos militares, isto é, que só por estes podem ser praticados (ex.: deserção, insubordinação, cobardia, etc.). Não estão abrangidos, portanto, os chamados "crimes militares impróprios".

Os *crimes contra a religião*, cujos autores não são passíveis de extradição, se entendem os exclusivamente tais (de-

sacompanhados de violência contra pessoas ou coisas), e não também os *mistos* ou a que sejam *conexos* crimes comuns.

Os *crimes políticos*, que, por injunção mesma de nossa lei constitucional (art. 141, § 33), importam a inextraditabilidade de seus autores, são os dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais. Não há distinguir entre *crime político* e *crime social*, pois sua objetividade jurídica vem a ser a mesma, ou, seja, a *ordem política*, que compreende, incontestavelmente, não só a específica organização do Estado, como a estrutural organização social, de que o Estado é fiador e sustentáculo. Costuma-se dizer que crime político é o que atenta diretamente contra a *personalidade* do Estado (lesando ou ameaçando de lesão a independência nacional, a integridade do território, as relações do Estado com os demais Estados, o regime político ou forma de governo, a formação e atividade dos poderes públicos), ⁴⁴

⁴⁴ Caracteristicamente *políticos* são os *crimes eleitorais*. Abstraido o exagêro romântico e *suranné* do individualismo, é força convir que a colaboração do indivíduo na atividade estatal, por meio do voto, representa, em última análise, antes que um *direito individual*, uma *função orgânica* do próprio Estado. Se é lição banal que se não deve confundir *direito político* com *função pública*, ainda que de caráter político, por isso que, nesta, o titular age por um fim que está fora dele, enquanto, naquele, quem o exerce é determinado *prevalentemente* pelo seu interesse próprio, não há como rotular de *direito político* a função eleitoral, cujo exercício atende primacialmente ao interesse geral, afastando o indivíduo de sua atividade peculiar, para gravitar na esfera própria do Estado. O eleitor atua em nome e por conta do Estado. A locução *direito eleitoral* é inadequada. E sobe de ponto essa impropriedade quando vem a ser declarado obrigatório, como acontece entre nós, o voto eleitoral. Verdade é que ao cidadão há de sempre ficar, necessariamente, a faculdade ou liberdade de escolha dos candidatos aos cargos eletivos; mas não se pode perder de vista que essa faculdade não é concedida ao indivíduo *por si mesmo*, mas *como* e *enquanto* órgão e instrumento do Estado, dentro do sistema democrático indireto ou representativo. A tutela penal, na espécie, é estatuída, primacialmente, no interesse das instituições representativas, o que vale dizer: no sentido da regularidade de atuação do Estado segundo o regime democrático indireto, cujo êxito está conceituadamente su-

enquanto crime social é o que visa a atacar, desde suas bases, a moderna organização social (que se convencionou chamar de “burguesa”). Nenhum alcance, porém, apresenta semelhante distinção, para o efeito de diverso tratamento dos crimes em questão, pois que entre as finalidades específicas do Estado se compreende a segurança da organização social, que diz, evidentemente, com a sua própria segurança. A organização política e a organização social interpenetram-se, formando uma unidade incindível. Notadamente na época atual, seria abstrair a palpitante realidade o desconhecer que o problema *político* se dilatou, para abranger ou assimilar, sinteticamente, o problema *social*. As questões estritamente política perderam o seu antigo relevo e evoluíram para as questões mais propriamente chamadas “político-sociais.” Hoje em dia, partido político que se preze não deixa de gizar seu plano de reforma social. Os próprios legionários da liberal-democracia, ressalvado o seu anti-radicalismo, já reconhecem a necessidade de afeiçoar-se a vigente organização social a moldes mais justos ou equitativos. Já não existe uma questão política ao lado de uma questão social, mas o visceral entrosamento de ambas. Esta íntima conexão já fora, aliás, de há muito, reconhecida por ORTOLAN. ⁴⁵

⁴⁵ *Eléments de droit pénal*, I, 1875, págs. 298 e segs.: “Si l'on suppose maintenant que des actes soient commis ayant pour but, par des moyens contraires à la loi et frappés de peines par elle, soit de renverser ou de modifier l'organisation des grands pouvoirs de l'Etat; soit de détruire, d'affaiblir ou de déconsidérer l'un de ces pouvoirs; soit d'étendre ou de restreindre la part que les divers membres ou que certains membre de l'association sont appelés à y prendre, soit d'exercer dans un sens ou dans un autre une action illégitime sur le jeu de leur mécanisme ou sur la direction générale et suprême qui en résulte pour les affaires de l'Etat; soit de détruire ou de transformer en quelqu'un de leur éléments ou en tous les conditions sociales faites par la Constitution aux individus; soit enfin de

bordinado ao voto popular na seleção da *élite* ou dos *right men* a que devem ser confiadas a elaboração das leis e a suprema gestão da coisa pública. Os *crimes eleitorais*, exatamente apreciados, são, por consequência, crimes *contra o Estado* ou *contra a ordem política*.

O benévolo tratamento dos *criminosos políticos*, em contraste com os tirânicos critérios medievais, tem a sua pré-história na filosofia dos enciclopedistas. E na diretriz de um crescente liberalismo, que culminou no século XIX, chegou-se a negar legitimidade à repressão dos rebeldes contra o Estado. Não pode haver crime, dizia BRUNTSCHLI, quando se age para alcançar o bem da nação; nem esta pode julgar-se agredida por quem, com risco da própria vida, quer precisamente melhorar-lhe o destino e as condições de existência. CARRARA doutrinava que não podia ter ingresso no campo do direito penal um fato que é, alternadamente, crime e virtude cívica. Os insurretos, os conspiradores, os rebeldes deviam ser equiparados aos inimigos externos: uma vez vencidos, perdoados (*in illo tempore...*). No seu *Programa*, o grande professor da Universidade de Pisa não cuidou dos crimes políticos, considerando um sacrilégio o aliar-se a justiça à política e afirmando, num esto poético, que “sempre que a política entra as portas do templo da justiça, esta foge espavorida pela janela, para librar-se ao céu”. CHRETIEN doutrinava que combater o insurreto na hora da luta é um ato de legítima defesa, mas puni-lo depois de vencido é um ato de tirania. Era evidente o exagero de tais conceitos, que refletiam a antiga indignação contra os monstruosos processos medievais de repressão do *crime lesæ majestatis*. Verdade é que, do ponto de vista histórico, seriam eles talvez defensáveis, pois que ao crime político, mais do que a qualquer outro, não são ajustáveis, sob o ponto de vista ético-social, critérios permanentes ou estáveis. O cri-

susciter des troubles, des haines ou des luttes de violence dans la société à propos de l'un ou de l'autre des objets qui précèdent: ces actes, tous puisés à une idée commune d'atteinte à l'ordre social ou l'ordre politique établis, seront qualifiés délits politiques”.

E conclui o penalista francês: “Para saber se um crime é político ou não, temos de examinar: 1.º, se ofende a justiça quanto aos deveres de ação ou inação que ao agente impõe a organização social; 2.º, se o interesse da sociedade na repressão desse ato é “um interesse atinente a essa mesma organização social e política”.

me político é tudo quanto há de mais contingente. Basta dizer que sua punição depende do seu insucesso. Se colhe exito, já não é crime, mas título de glória. O celerado de hoje é o benemérito de amanhã. Garibaldi, derrotado em Mentana, é um bandido; vitorioso em Marsala, é um herói. Napoleão, ao sair da ilha de Elba, para a aventura dos *Cem Dias*, era, segundo os jornais de Paris, o “bandido corso”, mas, ao chegar triunfante à capital francesa, era o “grande Imperador”. Com a relativa estabilidade, porém, dos governos democráticos, veio a encontrar-se um fundamento de cor jurídica à incriminação do atentado político. É este uma violação da *lei da maioria*. A razão de sua punibilidade é o direito da maioria à manutenção da ordem político-social por ela aceita e adotada. Não pode ser lícito a um só ou a alguns indivíduos mudarem a forma de governo ou estrutura social que a maioria dos cidadãos, mediante expresso ou tácito consenso, se quis dar a si mesma. Ainda outra razão jurídica: a repressão penal na espécie deriva do *constitucionalismo*, que é uma força específica dos Estados modernos, impondo sistemas, processos e métodos jurídicos às mudanças ou reformas político-sociais. Todas as relações de convivência se exprimem por sanções jurídicas, e a ação reformadora que desconhece meios jurídicos de progresso, para entregar-se a violência, é criminosa. De resto, já estamos por demais escarmentados, nos dias que correm, para ainda fazermos a apologia do *direito de revolução*. Deixou este de subordinar-se à condição de *necessidade* com que o proclamava LOCKE⁴⁶ ou a “Declaração dos direitos do homem”,⁴⁷

⁴⁶ “Whenever any prince or legislature, or government should endeavor to take away or destroy the property of the people, or to reduce them to slavery under arbitrary power, the people were then absolved from any further obedience and are left to the common refuge which God hath provided from all men against force and violence”.

⁴⁷ “Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple, et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs”.

para ser, muitas vezes, um despejado *ôte toi de là pour que je m'y met...* Se é fora de dúvida a legitimidade de sua punição, não se pode deixar de reconhecer que os crimes políticos (autêntica e puramente tais), não obstante serem os que mais intensamente perturbam a ordem jurídico-social, não provocam o sentimento de revolta ou repugnância que, em geral, suscitam os crimes comuns. São até objeto de acentuada simpatia pública. Deles já se disse que são uma antecipação da moral futura. São mesmo chamados *crimes evolutivos*. Seus autores, quase sempre oriundos da *élite* da inteligência e do sentimento, seriam indivíduos que, descortinando mais além do horizonte que limita a visão de seus contemporâneos, madrugam para as jornadas da evolução humana. A história da civilização (a observação é de GRISPIGNI) revela, efetivamente, que as maiores conquistas no terreno político-social têm sido alcançadas por essa espécie de crimes. Não se pode ignorar que a queda das tiranias, a abolição da servidão da gleba, a igualdade civil e política, os direitos do homem, a melhoria das condições de vida do proletariado, etc. não teriam sido possíveis sem o ímpeto dos crimes político-sociais.

Explica-se, assim, que entre todos os povos cultos, na época moderna, certos favores de que gozam tais crimes, quando não sejam simples máscara à delinqüência humana, se tornassem uma tradição, que só a intolerância dos governos divorciados da opinião pública ou de regimes mal consolidados pode abstrair. Segundo um princípio integrado na consciência jurídica universal, só ultimamente rompido pela fúria liberticida dos governos totalitários (de que a Rússia soviética ainda nos dá um triste e alarmante exemplo), a pena de morte não é aplicável ou é sempre comutada, quando se trate de criminosos políticos. São a estes reservados, sistematicamente, benefícios especiais: *custódia honesta, anistia, direito de asilo ou não-extradição*. *

* Veja-se, no *Apêndice*, nossa dissertação sobre "O asilo político".

Entre nós, mesmo no regime do chamado *Estado Novo*, acoimado de tendências totalitárias, não se repudiou o critério de inextraditabilidade dos delinqüentes de natureza política. Consagrou-se expressamente o Dec.-lei n.º 394, de 28 de abril de 1938. E atualmente se acha reintroduzido na Lei Constitucional.

Questão controvertida é a que suscita, em matéria de *não-extradição*, os denominados *crimes políticos relativos*, que compreendem os crimes políticos *complexos* ou *mistos* (simultaneamente ofensivos da ordem político-social e de um bem jurídico privado) e os crimes comuns *conexos* a crimes políticos. Deverão ser tais fatos considerados, indivisivelmente, de feição política? As leis, convenções e tratados sobre extradição não recusam, em geral, o direito de asilo aos autores de crimes políticos relativos, mas com restrições e temperamentos. Há toda uma série de sistemas a tal respeito: o *da prevalência*, que admite a extradição quando *prevalece* a infração comum; o *da separação*, que concede a extradição para o crime comum, se não forma unidade com o crime político; o *da causalidade*, que exclui a extradição somente quando os crimes políticos relativos ocorram por ocasião ou no curso de uma insurreição ou guerra civil; o *da atrocidade do meio*, que é uma paráfrase do sistema da prevalência; o *dos usos de guerra*, que só concede a extradição quando os fatos de que se trata, cometidos durante uma comoção intestina, não sejam escusados pelos usos de guerra. De todos estes sistemas, o mais difundido é o da prevalência, que teve adoção em nossa lei especial sobre extradição (Decreto-lei n.º 394, art. 2.º, § 1.º): “A alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição, quando o fato constituir, principalmente, uma infração comum da lei penal, ou quando o crime comum, conexo dos referidos no inciso VII (isto é, dos crimes puramente militares, religiosos, políticos ou de opinião), constituir o fato principal.” E a seguir, no art. 2.º, § 2.º, a dita lei consagra a chamada *cláusula de atentado* e faz outras exceções: “Não se consideram crimes

“políticos os atentados contra os chefes de Estado ou qual-
“quer outra pessoa que exerça autoridade, nem os atos de
“anarquismo, terrorismo e sabotagem, ou que importem
“propaganda de guerra ou de processos violentos para sub-
“verter a ordem política ou social”. É bem de ver que a exce-
ção referente à “propaganda de processos violentos para sub-
verter a ordem política ou social” deve ser reconhecida so-
mente quando o preconizado “processo violento” constituir,
principalmente, crime comum (acareados os §§ 1.º e 2.º do
art. 2.º), pois, a entender-se de outro modo, logicamente aca-
bariam extraditáveis todos os crimes políticos (desde que sua
simples “propaganda” não excluísse a extradição). ⁴⁸

⁴⁸ É o seguinte o texto do Dec.-lei n.º 394, que regula a extradi-
ção (*Diário Oficial* de 30 de abril de 1938):

“Art. 1.º Em nenhum caso será concedida a extradição de brasi-
“leiros requisitada por Estado estrangeiro. O Governo Federal con-
“tinuará, porém, a requisitar aos Estados estrangeiros a extradição de
“brasileiros, na forma de direito.

“§ 1.º Não será igualmente concedida a extradição de brasileiros
“naturalizados antes da perpetração do crime.

“§ 2.º Negada a extradição de brasileiro, este será julgado no
“país, se o fato contra ele argüido constituir infração segundo a lei
“brasileira. Se a pena estipulada na lei brasileira for mais grave do
“que a do Estado requerente, será a mesma reduzida nesta medida.
“Do mesmo modo proceder-se-á quando for o caso, se negada a ex-
“tradição do estrangeiro.

“§ 3.º Nos casos do parágrafo anterior, serão solicitados ao Go-
“verno requerente os elementos de convicção para o processo e jul-
“gamento, sendo-lhe depois comunicada a sentença ou resolução
“definitiva.

“Art. 2.º Não será, também, concedida a extradição nos seguin-
“tes casos:

“I, quando não se tratar de infração segundo a lei brasileira, ou
“a do Estado requerente;

“II, quando o Brasil for competente, segundo suas leis, para
“julgar a infração;

“III, quando a lei brasileira impuser, pela infração, pena de pri-
“são inferior a um ano, compreendida a tentativa, co-autoria e cum-
“plicidade;

Por *crimes de opinião*, também excetuados à extradição, se entendem os que constituem abuso de liberdade do pensamento, seja pela imprensa (jornal, livro, impressos em geral), seja por palavras ou qualquer outro meio de expressão de idéias. Segundo o ponto de vista dominante, não se alinham entre os crimes de opinião excludentes de extradição

“IV, quando o extraditando estiver sendo processado ou já tiver sido condenado ou absolvido no Brasil, pelo mesmo fato que determinar o pedido;

“V, quando se tiver verificado a prescrição, segundo a lei do Estado requerente, ou a brasileira;

“VI, quando o extraditando tiver de responder, no país requerente, perante tribunal ou juízo de exceção;

“VII, quando a infração for:

“a) puramente militar;

“b) contra a religião;

“c) crime político ou de opinião.

“§ 1.º A alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, uma infração comum da lei penal, ou quando o crime comum, conexo dos referidos no inciso VII, constituir o fato principal.

“§ 2.º Não se consideram crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, nem os atos de anarquismo, terrorismo e sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

“§ 3.º Caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração.

“Art. 3.º A extradição só será concedida se a infração tiver sido cometida no território do Estado requerente, ou quando se lhe aplicarem as suas leis penais.

“Art. 4.º A extradição alcança os processados ou condenados como autores, cúmplices ou encobridores da infração.

“Art. 5.º A detenção ou prisão do extraditando deverá estar autorizada pelo juiz ou tribunal competente do Estado requerente, se não houver sentença final, que deverá ser de privação de liberdade.

“Art. 6.º Quando vários Estados requererem a extradição da mesma pessoa pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território foi cometido.

“§ 1.º Tratando-se de fatos diversos:

“a) o que versar sobre a infração mais grave, segundo a lei brasileira;

os desprovidos de qualquer caráter político ou doutrinário (ex.: os crimes contra a honra de particulares, a apologia de crimes comuns, etc.).

Ainda outra das concomitantes condições de excepcional extraterritorialidade é “não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena”. Não há, com isto, senão um corolário do raciocínio segundo o qual, nos casos do n.º II e § 3.º do art. 5.º, a justiça brasileira como que se exerce *por conta* ou *em substituição* da justiça estrangeira. Se o agente já foi absolvido (ainda que injustamente) no estrangeiro ou já cumpriu a pena que aí lhe foi imposta, cessa a *ratio* de atuação da lei brasileira. Se a pena só em

“b) o do Estado que em primeiro lugar tiver solicitado a entrega, no caso de igual gravidade; se os pedidos forem simultâneos, o Estado de origem ou, na sua falta, o do domicílio. Nos demais casos, a preferência fica ao arbitrio do Governo brasileiro.

“§ 2.º Na hipótese do § 1.º, poderá ser estipulada a condição de entrega ulterior aos outros requerentes.

“§ 3.º Havendo tratado com algum dos Estados solicitantes, as suas estipulações prevalecerão no que diz respeito à preferência de que trata este artigo.

“Art. 7.º A extradição será solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente de Governo a Governo, sendo o pedido acompanhado de cópia ou traslado autêntico da sentença de condenação ou das decisões de pronúncia ou prisão preventiva, proferidas por juiz competente. Estas peças deverão conter a indicação precisa do fato incriminado, o lugar e a data em que foi cometido, e cópia dos textos da lei aplicável à espécie, inclusive dos referentes à prescrição da ação ou da pena, bem como dados antecedentes necessários à comprovação da identidade do indivíduo reclamado.

“Parág. único. O trânsito do pedido por via diplomática constitui prova bastante da autenticidade dos documentos apresentados.

“Art. 8.º O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao da Justiça e Negócios Interiores, o qual providenciará para a detenção do extraditando e sua apresentação ao Supremo Tribunal Federal.

“Art. 9.º Em casos de urgência, e havendo reciprocidade de tratamento, poderá ser concedida a prisão preventiva do extraditando, mediante simples requisição, feita por qualquer meio, inclusive via telegráfica, telefônica ou radielétrica, por qualquer autoridade

parte foi cumprida no estrangeiro, pode ser instaurado novo processo no Brasil, mas atendido o disposto no art. 6.º.

A última das condições estabelecidas no § 2.º do art. 5.º é a de “não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável”. A aplicação da lei brasileira não pode importar para o agente uma situação mais gravosa do que a que lhe seria criada pela *lex loci patratí criminis*. Se vem a extinguir-se a punibilidade segundo a lei estrangeira, a ação penal no Brasil seria como que um *excesso de repressão*. Por outro lado, se se reconhece a extinção de punibilidade em face da lei brasileira, impõe-se a abstenção da

“ competente do Estado requerente, ou agente diplomático ou consular do mesmo Estado. A requisição será baseada na invocação de sentença de condenação, auto de prisão em flagrante ou mandado de prisão, ou ainda fuga do indiciado após o crime ou a condenação, e indicará a infração cometida. Dentro do prazo de 60 dias contados da data em que foi recebida a requisição, o Estado requerente deverá apresentar o pedido formal da extradição, acompanhado dos documentos indicados no art. 7.º. A prisão não será mantida além do dito prazo; nem se admitirá novo pedido de prisão, pelo mesmo fato, sem o pedido formal de extradição, devidamente instruído.

“Art. 10. Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência do mesmo, bem como sobre o caráter da infração, na forma do art. 2.º, § 3.º. Efetuada a detenção do extraditando, serão todos os documentos referentes ao pedido enviados àquele Tribunal, de cuja decisão não caberá recurso. A defesa do extraditando só poderá consistir em não ser a pessoa reclamada, nos defeitos de forma dos documentos apresentados e na ilegalidade da extradição.

“§ 1.º O ministro designado para relatar o processo perante o Tribunal determinará o interrogatório do extraditando, dando-lhe curador, se for o caso, ou advogado, se o não tiver, e concedendo o prazo de cinco dias para a defesa.

“§ 2.º Quando, por vício de forma, ou ausência de documento essencial, o pedido deva ser denegado, o Tribunal, a requerimento do procurador geral da República, poderá converter o julgamento em diligência para o fim de ser o pedido corrigido ou completado no prazo improrrogável de 45 dias, contados da sua apresentação

nossa justiça, do mesmo modo ou pela mesma razão que esta se abstém quando o fato não é incriminado pela lei nacional.

No caso do § 3.º do art. 5.º (extraterritorialidade segundo o princípio da *personalidade passiva*), a aplicação da lei brasileira, ainda quando reunidas as condições mencionadas acima, requer mais que: a) não tenha sido pedida ou tenha sido negada a extradição, e b) preceda requisição do ministro da Justiça. A este, e tão-somente a este, cabe decidir, na espécie, se há ou não interesse na punição do não-extraditado (tendo sido, portanto, derogado, na sua última parte, o § 1.º do art. 18 do Dec.-lei n.º 394).

44. A regra "non bis in idem". Nos casos em que a lei brasileira é aplicável a crime praticado, total ou parcial-

“ao próprio Tribunal. Findo esse prazo, o processo será julgado definitivamente, tenha ou não sido realizada a diligência.

§ 3.º Negada a extradição de um indivíduo, não poderá ser de novo solicitada a entrega deste pelo mesmo fato a ele imputado.

“Art. 11. Quando o inculcado contra o qual foi feito o pedido estiver sendo processado ou estiver sujeito a cumprimento de pena de prisão ou de pena que nesta se resolva, por fato diverso, praticado no Brasil, a extradição será decidida, na forma desta lei, mas a entrega só se fará efetiva depois de findo o processo ou de extinta a pena.

“Parág. único. A entrega ficará igualmente adiada, sem prejuízo da efetividade da extradição, quando enfermidade grave impedir que, sem perigo de vida, se proceda ao transporte do extraditado.

“Art. 12. A entrega não será efetuada sem que o Estado requerente assuma os compromissos seguintes:

“a) não ser detido o extraditado em prisão, nem julgado, por infração diferente da que haja motivado a extradição e cometida antes desta, salvo se livre e expressamente consentir em ser julgado ou se permanecer em liberdade, no território desse Estado, um mês depois de julgado e absolvido por aquela infração, ou de cumprida a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido imposta;

“b) não concorrer o fim ou motivo político, militar ou religioso para agravar a penalidade;

mente, no estrangeiro, ainda quando aí já tenha o agente, pelo mesmo fato, cumprido pena, o juiz brasileiro deve ter isso em conta, para evitar o *bis in idem* ou duplicidade de repressão. É o que expressamente dispõe o art. 6.º: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas". No caso de diversidade *qualitativa* das penas, a atenuação é obrigatória, mas a sua medida é deixada ao arbítrio do juiz. No caso de diversidade *quantitativa*, porém, ao juiz nada mais incumbe que abater, se maior for o *quantum* da pena imposta *in concreto*, o *quantum* de pena cumprida no estrangeiro.

"c) computar-se o tempo da detenção, no Brasil, ao extraditado, no de prisão preventiva, quando este se tenha de levar em conta;

"d) comutar-se na de prisão a pena de morte ou corporal com que seja punida a infração;

"e) não ser o extraditado, sem consentimento do Brasil, entregue a terceiro Estado que o reclame, com a mesma ressalva na letra a.

"Art. 13. A entrega do extraditado será feita com todos os objetos que se encontrarem em seu poder, quer sejam produto da infração, quer se trate de peças que possam servir para a prova da mesma, tanto quanto for praticável, de acordo com as leis brasileiras, e respeitados os direitos de terceiros.

Parág. único. A entrega dos objetos a que se refere o artigo anterior poderá ser feita, se a pedir o Estado requerente da extradição, ainda que o inculcado venha a morrer ou desaparecer.

"Art. 14. As despesas com a detenção ou entrega correrão por conta do Estado requerente, mas este não terá que despender importância alguma com os serviços que prestarem os empregados públicos pagos pelo Governo brasileiro.

"Art. 15. O trânsito, no Brasil, da pessoa extraditada entre dois outros países e de seus guardas, será permitido mediante a apresentação do exemplar original ou de uma cópia autêntica do documento que conceda a extradição, salvo se a isso se opuserem graves motivos de ordem pública.

"Art. 16. Concedida a extradição, se dentro de vinte (20) dias da data da comunicação de ficar o extraditando à disposição do Estado requerente não o tiver remetido o respectivo agente diplo-

45. Exequibilidade de sentença penal estrangeira. O *territorialismo* da lei penal tem sofrido, na atualidade, cerada crítica. Impugnando-o, como contrário ao progresso da ciência penal e do direito internacional, DONNEDIEU DE VABRES, ao mesmo tempo que defende o princípio da “justiça universal!”, postula a abolição de qualquer limite à internacionalização da sentença penal. Proferida esta pela autoridade judiciária de um Estado, deve ser irrestritamente reconhecida pelos demais Estados, acompanhando o criminoso, enquanto não integralmente cumprida, aonde quer que ele se dirija ou onde quer que se encontre. Arrazoa o ilustre

“mático para o país requerente, dar-se-lhe-á liberdade e não será de novo preso pelo mesmo motivo da extradição.

“Art. 17. Poderão ser processados e julgados, ainda que ausentes, os brasileiros e estrangeiros que, em território estrangeiro, perpetrarem crimes:

“a) contra a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições, e contra a economia popular;

“b) de moeda falsa, contrabando, peculato e falsidade (alterado pelo art. 5.º, I, letras b, c e d, do Código Penal).

“Art. 18. Poderá ser processado e julgado no Brasil o nacional ou estrangeiro que, em território estrangeiro, perpetrar crime contra brasileiro, e ao qual comine a lei brasileira pena de prisão de dois (2) anos, no mínimo.

“§ 1. O processo contra o nacional ou estrangeiro, nesse caso, só será iniciado mediante requisição do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ou queixa da parte, quando, nos casos em que a extradição é permitida, não for ela solicitada pelo Estado em cujo território foi cometida a infração (derrogada, na última parte, pelo § 3.º do art. 5.º do Cód. Penal).

“§ 2.º Não serão levados a efeito o processo e o julgamento pelos crimes referidos neste artigo, se os criminosos já houverem sido, em país estrangeiro, absolvidos, punidos, ou perdoados por tais crimes ou se o crime já estiver prescrito, segundo a lei mais favorável. O processo e julgamento não serão obstados por sentença ou qualquer ato de autoridade estrangeira. Todavia, será computado no tempo de pena a prisão que no estrangeiro tiver, por tais crimes, sido cumprida.

“Art. 19. O extraditado que, depois de entregue ao Estado requerente e durante o processo e julgamento, conseguir escapar à

penalista francês que “o movimento legislativo atual, sensível às necessidades da luta internacional contra o crime, repudia, cada vez mais, as soluções restritivas, orientando-se, assim, para a unificação do regime internacional dos julgamentos”.

Semelhante tendência, porém, tem-se esboçado com a máxima cautela. O direito penal continua politicamente variável no espaço e ainda estamos bem longe da época em que o ideal da justiça universal conseguirá sobrepujar o *noli me tangere* da soberania estatal. Presentemente, o direito positivo interno, por excessão e sob certas condições, tem admitido exequibilidade à sentença penal estrangeira, mas para *limitados* efeitos. É o que faz o nosso Código. Segundo o art. 7.º, *pode* ser homologada no Brasil a sentença penal estrangeira, mas tão-somente para: a) *obrigar o condenado*

“ação da justiça e se refugiar no Brasil ou por ele passar, será detido mediante requisição direta ou por via diplomática, e novamente entregue, sem outras formalidades.

“Art. 20. Quando se tratar de indivíduo reclamado pela justiça brasileira e refugado em país estrangeiro, o pedido de extradição deverá ser transmitido ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que o examinará e, se o julgar procedente, o encaminhará ao Ministério das Relações Exteriores, para os fins convenientes, fazendo-o acompanhar de cópia dos textos da lei brasileira referentes ao crime praticado, à pena aplicável e à sua prescrição, e de dados ou informações que esclareçam devidamente o pedido. Em caso de urgência, o Ministério da Justiça e Negócios Interiores solicitará as necessárias providências ao das Relações Exteriores, para que este peça a prisão preventiva do extraditando.

Quando, em virtude de tratado, o país estrangeiro o permitir, as autoridades judiciárias ou administrativas dos Estados poderão diretamente solicitar a prisão preventiva do extraditando às autoridades competentes do referido país. Nesse caso, porém, deverão imediatamente levar o fato ao conhecimento do Ministério da Justiça, que o encaminhará ao das Relações Exteriores, para que confirme o pedido.

“Art. 21. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis; b) sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais. No primeiro caso, a sentença penal estrangeira é homologável do mesmo modo que o é a sentença cível. A reparação do dano, as restituições (concernentes ao produto ou qualquer vantagem do crime) e outros efeitos civis ⁴⁹ não têm caráter penal: são meras obrigações ou sanções de direito privado. No segundo caso, o dispositivo não significa apenas restrita adesão ao princípio de assistência internacional na luta contra o crime, senão também a necessidade de defesa de nossa própria ordem jurídica, pois visa a contribuir para neutralizar a capacidade de delinquir ou a periculosidade do indivíduo julgado, que veio a ter ingresso no território brasileiro. Cumpre acentuar, para logo, que a homologação da sentença penal estrangeira não prejudica a jurisdição brasileira, nos casos de competência desta, em razão da teoria da ubiqüidade ou do princípio real da defesa. A homologação, para os efeitos civis, é condicionada ao pedido da parte interessada, e, para aplicação das penas acessórias (arts. 67 a 73) ou de medidas de segurança pessoais (arts. 88, § 1.º, a 98), depende de “existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade emanou a sentença ou, na falta de tratado, de requisição do ministro “da Justiça” (parág. único do art. 7.º).

Por injunção constitucional, a homologação da sentença estrangeira compete ao Supremo Tribunal Federal. ⁵⁰

⁴⁹ Ex.: revogação de doação ou indignidade para herdar, nos casos dos arts. 1.183, ns. I a III, e 1.595 do Cód. Civil.

⁵⁰ Regulando-a, o Cód. de Proc. Penal dispõe:

“Art. 787. As sentenças estrangeiras deverão ser previamente homologadas pelo Supremo Tribunal Federal para que produzam “os efeitos do art. 7.º do Cód. Penal.

“Art. 788. A sentença penal estrangeira será homologada, “quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas “conseqüências e concorrerem os seguintes requisitos:

**Contagem
de prazo**

Art. 8.º O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo.

Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

**Frações não
computáveis
da pena**

Art. 9.º Desprezam-se, na pena privativa de liberdade, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de Cr\$ 10,00.

**Legislação
especial**

Art. 10. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, arts. 14, 16 e 134; suíço, art. 333; norueguês, § 11; argentino, art. 4.º; venezuelano,

“I, estar revestida das formalidades externas necessárias, segundo a legislação do país de origem;

“II, haver sido proferida por juiz competente, mediante citação regular, segundo a mesma legislação;

“III, ter passado em julgado;

“IV, estar devidamente autenticada por cônsul brasileiro;

“V, estar acompanhada de tradução, feita por tradutor público.

“Art. 789. O procurador geral da República sempre que tiver conhecimento da existência de sentença penal estrangeira, emanada de Estado que tenha com o Brasil tratado de extradição e que haja imposto medida de segurança pessoal ou pena acessória que deva ser cumprida no Brasil, pedirá ao ministro da Justiça providências para a obtenção de elementos que o habilitem a requerer a homologação da sentença.

“§ 1.º A homologação da sentença emanada de autoridade judiciária de Estado, que não tiver tratado de extradição com o Brasil, dependerá de requisição do ministro da Justiça.

“§ 2.º Distribuído o requerimento de homologação, o relator mandará citar o interessado para deduzir embargos, dentro de 10 dias, se residir no Distrito Federal, ou 30 dias, no caso contrário.

“§ 3.º Se nesse prazo o interessado não deduzir os embargos, ser-lhe-á pelo relator nomeado defensor, o qual dentro de 10 dias produzirá a defesa.

“§ 4.º Os embargos somente poderão fundar-se em dúvida sobre a autenticidade do documento, sobre a inteligência da sentença,

art. 7.º; mexicano, art. 6.º; equatoriano, art. 9.º; uruguaio, art. 17; guatemalteco, art. 10.

BIBLIOGRAFIA. MAGGIORE, *Computo delle pena, Computo e decorrenza di termini e Leggi penali speciali*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vols. III e VII; SALTELI-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, 1931, vol. I; GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, 1935, I; SOLER (Sebastián), *Derecho Penal Argentino*, I, 1945, pág. 138; CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, 1891, vol. II, págs. 907 e segs.; TENÓRIO (Oscar), *in Tratado de direito penal brasileiro*, I, págs. 330 e segs.; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, 1942, vol. II, págs. 141 e segs.

COMENTARIO

46. **Decurso de prazo.** Há uma série de efeitos jurídicos que, regulados pela lei substantiva, são condicionados ao elemento *tempo*: cumprimento da pena, extinção de punibilidade (prescrição, decadência, reabilitação), vigência mínima da medida de segurança, suspensão da execução da pena, livramento condicional, eficácia das penas acessórias, etc. Apresentam-se aqui os *prazos* juridicamente relevantes, sob o ponto de vista penal. Limitados no tempo, têm êles um *térmo inicial* (dia do começo, *dies a quo*) e um *térmo final*

“ou sobre a falta de qualquer dos requisitos enumerados nos artigos 781 e 788.

“§ 5.º Contestados os embargos dentro de 10 dias pelo procurador geral, irá o processo ao relator e ao revisor, observando-se no seu julgamento o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

“§ 6.º Homologada a sentença, a respectiva carta será remetida ao presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, do Estado ou do Território.

“§ 7.º Recebida a carta de sentença, o presidente do Tribunal de Justiça a remeterá ao juiz do lugar de residência do condenado, para a aplicação da medida de segurança ou da pena acessória, observadas as disposições do título II, cap. III, e título V do livro IV deste Código.

“Art. 790. O interessado na execução da sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Cód. de Proc. Civil”.

(*dies ad quem*). Para evitar discrepância de critérios ou dificuldades práticas na contagem de tais prazos, o Código julgou de bom aviso estabelecer certas regras a respeito. Assim, no art. 8.º, *caput*, dispõe que “o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo”. Qualquer que seja a fração do dia do começo conta-se como se fosse um dia inteiro. Suponha-se, por exemplo, uma pena de 15 dias, cujo cumprimento tenha começado no dia 4 de determinado mês: terminará à meia-noite do dia 18. Tal critério (diverso do adotado pelos arts. 125 do Código Civil e 798, § 1.º, do Código de Processo Penal) redonda em favor do réu. Consagrada a regra clássica de que *dies a quo non computatur in termino*, a pena, no caso acima figurado, só findaria à meia-noite do dia 19.

A seguir, em alínea, declara o já citado artigo: “Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.” Segundo o calendário comum (gregoriano), os dias são contados pelo sistema romano, isto é, entendendo-se por *dia* o espaço de tempo que decorre entre meia-noite e meia-noite (“*More romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur.* — Dig., liv. II, tít. XII, fr. 8). Os meses e os anos são contados, não *ex numero*, mas *ex numeratione dierum*, isto é, não se atribuem invariavelmente 30 dias ao mês (como faz o art. 125, § 3.º, do Código Civil), o que importa 360 dias para o ano; mas 28, 29, 30 ou 31, de acordo com o calendário; de modo que o ano terá 365 dias, ou, se for bissexto, 366. O juiz, tendo de condenar a um mês ou a um ano, não pode dizer, substitutivamente, “30 dias” ou “365 dias”. Suponha-se o prazo de um ano e seis meses, que tenha começado às 16 horas de 7 de janeiro de determinado ano: terminará (atendidas as regras do artigo 8.º) à meia-noite de 6 de julho do ano seguinte, pouco importando que um desses anos seja bissexto. Com a norma adotada pelo Código, evita-se a formação de um calendário à parte ou especial para uso da justiça penal. O critério do Código importará, na prática, diversidade de tratamento

de um réu em cotejo com outro, quando, por exemplo, condenados a um mês de detenção, comece um deles a cumprir a pena no mês de janeiro e outro no mês de fevereiro. Ao legislador brasileiro, porém, tal inconveniente pareceu preferível ao da confusão que resultaria da abstração do calendário comum.

47. Frações não computáveis de pena. O art. 9.º do Código suprimiu o rigor judaico no cálculo ou medida das penas: desprezam-se, na pena privativa de liberdade, as frações de dia, e, na pena pecuniária, as frações de dez mil réis (dez cruzeiros). Ao tempo do Império, não se desdenhavam, sequer, os *minutos*, e já no regime do Código de 90 não se dispensavam as *horas*. Do mesmo modo, contavam-se, na fixação da multa, até o último *toestão*. Semelhante *mesquinhez*, em face do Código vigente, não é mais possível. Assim, quando se tenha de aumentar de metade, exemplificativamente, uma pena detentiva de 15 dias ou diminuir de terça parte a multa de 100 cruzeiros, os *quanta* passarão a ser, respectivamente, 22 dias e 30 cruzeiros.

48. Legislação especial. O Código Penal não é toda a legislação penal: coexistem ou podem coexistir a seu lado, permanente ou temporariamente, outras leis penais, de caráter *supletivo* ou *complementar*. O próprio Código, no artigo 360, ressalva “a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do presidente da República e dos governadores ou interventores, e os crimes militares”. Deve entender-se que o Código é a lei penal *fundamental*, de modo que as outras leis penais vêm a formar com ele um *todo único*, quer quando definem novas infrações, quer quando, no caso particular, adota critérios em divergência com as regras gerais do Código. Cumpre, então, distinguir: ou a lei especial, ao incriminar

tais ou quais fatos ou ao considerar sob aspectos especiais este ou aquele crime, dita regras particulares para sua própria aplicação, em antinomia com os princípios gerais do Código, ou limita-se a prever e definir *ex novo* uma infração. No primeiro caso, a regra *in toto jure generi per speciem derogatur* resolve o conflito apenas *aparente* de normas (veja-se n.º 31); no segundo caso, as regras gerais do Código é que são aplicáveis, como se a infração estivesse prevista e definida no próprio texto de sua parte especial.”¹

É de notar-se que as *regras gerais*, a que se refere o art. 10, não são apenas as da “parte geral” do Código senão também as que se contêm aqui e ali na sua “parte especial” (ex.: art. 327, sobre conceito de “funcionário público”).

¹ É o que dispõe o art. 10: “As regras deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso”. É um critério de impecável lógica e técnica, evitando fastidiosas repetições no corpo das leis especiais, quando estas não repudiam as regras gerais do Código.

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS ADICIONAIS

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

ABREVIATURAS USADAS NESTA PARTE DA OBRA

BETTIOL, <i>Dir. Pen.</i>	G. BETTIOL, <i>Diritto Penale</i> , 9. ^a edição, Pádua, 1976, Cedam.
CHAVEAU-HÉLIE, <i>Théorie</i>	A. CHAVEAU - F. HÉLIE, <i>Théorie du Code Pénal</i> , Paris, 1861.
FRAGOSO, <i>Jur. Crim.</i>	HELENO C. FRAGOSO, <i>Jurisprudência Criminal</i> , Rio de Janeiro, Borsoi, 1973.
FRAGOSO, <i>Lições, PG</i>	HELENO C. FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal</i> , Parte Geral, São Paulo, Bushatsky, 1976.
FREDERICO MARQUES, <i>Tratado</i>	JOSÉ FREDERICO MARQUES, <i>Tratado de Direito Penal</i> , São Paulo, Saraiva, 1964.
JESCHECK, <i>Lehrbuch</i>	HANS-HEINRICH JESCHECK, <i>Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil</i> , Berlim, Dunc-ker & Humblot, 1972.
MANZINI, <i>Trattato</i>	VINCENZO MANZINI, <i>Trattato di Diritto Penale Italiano</i> , Turim, UTET, 1950.
MAURACH, <i>Lehrbuch</i>	REINHART MAURACH, <i>Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil</i> , Karlsruhe, Mueller, 1965.
NUVOLONE, <i>Sistema</i>	PIETRO NUVOLONE, <i>Sistema del Diritto Penale</i> , Pádua, Cedam, 1975.
RBCDP	<i>Revista Brasileira de Crimi-nologia e Direito Penal.</i>

RDP	<i>Revista de Direito Penal.</i>
<i>Revue</i>	<i>Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.</i>
RF	<i>Revista Forense.</i>
RT	<i>Revista dos Tribunais.</i>
RTJ	<i>Revista Trimestral de Jurisprudência.</i>
<i>Riv. it.</i>	<i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.</i>
SCHÖNKE-SCHRÖDER, <i>Kommentar</i>	A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, <i>Strafgesetzbuch Kommentar</i> , Munique, Beck, 1972.
WELZEL	HANS WELZEL, <i>Das Deutsche Strafrecht</i> , Berlim, Gruyter, 1969.
ZStW	<i>Zeitschrift f. die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

ARTIGO 1.º

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

BIBLIOGRAFIA: H. v. WEBER, *Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht*, ZStW, 56/653; P. NUVOLONE, *Il Principio di Legalità e il Principio della Difesa Sociale*, in *Studi in memoria di Filippo Grispigni*, Milão, Giuffrè, 1956; F. BRICOLA, *Principio di Legalità e Potestà Normativa Penale delle Regioni*, Scuola Positiva, 1963, 630; H. MAYER, *Die Gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, in *Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954; F. BRICOLA, *Limiti di Operatività della Regola "nullum crimen nulla poena sine lege" nel Diritto Francese*, L'Indice Penale, I, 1; A. VITU, *Le Principe de Legalité et la Procédure Penale*, in *Rev. Int. Crim. Police Tech.*, abr.-jun. 1967; LUIZ C. CABRAL, *Ubicación Histórica del Principio "nullum crimen nulla poena sine lege"*, 1958; B. PETROCELLI, *Appunti Sul Principio di Legalità nel Diritto Penale*, in *Saggi di Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1965; G. KLEINHEYER, *Vom Wesen der Straffgesetze in der neueren Rechtsentwicklung, Recht und Staat*, Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr, Heft 358; P. NUVOLONE, *La Riforma del § 2 del Codice Penale Tedesco*, in *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, I, Padova, Cedam, 1969, 1; L. JIMENEZ DE ASÚA, *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*, ZStW 63/166; BURCKHART, *Ueber den Grundsatz "nullum crimen sine lege" im amerikanischen Strafrecht*, Schweizerische Z. f. Strafrecht 70/113; M. ANCEL, *A propos de quelques discussions récentes sur la règle "nulla poena sine lege"*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, II (1937), 670; S. SOLER, *La Formulación Actual del Principio nullum crimen*, in *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Tea, 1956; A. PAGLIARO, *Principio di Legalità e Indeterminatezza della Legge Penale*, *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1969, 694; UN War Crimes Commission, *Nullum Crimen Sine Lege, Nulla poena sine Lege*, in *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, 1949; O. A. GERMANN, *Zum Sogennanten Analogieverbot nach Schweizerischen Strafbuch*, in *Festgabe zum 70. Geburtstag von Ernst Hafter*, Berna, 1946; RITTLER, *Gesetztes und Nichtgesetztes Strafrecht*, ZStW 49/451;

GRÜNWARD, *Bedeutung und Begründung des Satzes "Nulla Poena Sine Lege"*, ZStW 76/1; G. DELITALA, *L'Analogia in Bonam Partem*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1936, 605; HELENO C. FRAGOSO, *Notas sobre o Princípio da Reserva Legal*, RDP, 1/78; *Commission Internationale de Juristes, Le Principe de la Légalité dans une Société libre*, Genebra, s/d; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil der Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlim, Munique, 1970; MANGAKIS, *Ueber die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege"*, ZStW 81/997; A. PECORARO, *Riserva di Legge, Regolamento, Norma Penale in bianco, no volume Scritti Giuridici in onore di A. de Marsico*, Milão, Giuffrè, 1962.

1. O princípio da reserva legal constitui a mais importante norma garantidora do direito da liberdade no direito penal moderno. O CP de 1969 o manteve (art. 1.º) praticamente inalterado ("Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"), obedecendo a mandamento inscrito na Constituição Federal (art. 153 § 16).

2. No direito soviético esta regra fundamental foi reintroduzida com os novos "Princípios Gerais", aprovados no famoso XX Congresso do Partido Comunista, realizado em 1958, nos quais se incluiu definição de crime que faz expressa referência à previsão legal (art. 7.º).¹ O CP soviético de 1960, exigindo na definição de crime (art. 7.º) a expressa previsão legal, estabelece, em seu art. 3.º: "Está sujeito a responsabilidade penal e à pena conseqüente, apenas quem é culpado da prática de um crime, ou seja, quem tenha cometido, por dolo ou culpa, um fato socialmente perigoso previsto pela lei." A aplicação analógica da lei penal, que havia sido introduzida no CP de 1922 e mantida no CP de 1926, está agora vedada. A analogia, como bem observa NAPOLITANO, decorria logicamente da noção política de crime da antiga legislação, que considerava punível toda ação ou omissão socialmente perigosa, sem qualquer especificação,

¹ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Apontamentos sobre o conceito de crime no direito soviético*, RBCDP, 5/69 (1964); THEA LYON, *Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR*, Bonn, 1960, 25.

seja quanto ao momento, seja quanto às condições sob as quais a conduta se tornava delituosa.² O abandono desses critérios em favor de concepção material-jurídica de crime, teria de levar à proscrição da analogia.

3. O princípio da reserva legal está também presente nos códigos penais do após guerra, editados nos demais países socialistas. Assim, o CP tcheco, de 1950 (art. 2.º); o CP iugoslavo, de 1951 (art. 4.º); os códigos búlgaros, de 1951 (art. 2.º) e de 1968 (art. 9.º, I);³ o CP húngaro, de 1961 (art. 1.º), em cuja exposição de motivos se diz que tal estatuto está baseado no “princípio fundamental *nullum crimen sine lege*”. O CP da República Democrática Alemã, de 1968 (art. 4.º), segue a mesma orientação, proibindo, ademais, expressamente, a aplicação analógica.

Na Alemanha foi revogado pelas forças de ocupação, em 30 de janeiro de 1946, o § 2.º do CP que, em 1935, havia sido alterado para permitir o emprego da analogia, sempre que o fato não expressamente previsto merecesse punição, “segundo os princípios fundamentais do direito penal alemão” e o “são sentimento do povo”. Cumpru-se, portanto, o ciclo histórico da experiência autoritária de que dá notícia NÉLSON HUNGRIA. Consagra-se o reconhecimento universal do princípio com sua inclusão na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴ e no Pacto relativo aos direitos civis e

² TOMASO NAPOLITANO, *Il Nuovo Codice Penale Sovietico*, Milão, Giuffré, 1963, 78.

³ Na Bulgária, o princípio é norma inscrita na Constituição de 1971 (art. 136). Veja-se a introdução de ANTON LIPOWSCHEK à tradução alemã do CP de 1968 (*Das bulgarische Strafgesetzbuch vom 16. März 1968*, Berlim, Walter de Gruyter, 1973, 14).

⁴ Art. 11 (2): “Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais grave do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao fato delituoso”.

políticos, de 1968 (art. 15, I), que o Brasil ainda não ratificou.⁵

As funções do princípio

4. O princípio da reserva legal surge como exigência de natureza política para proibir o efeito retroativo dado à lei penal. A expressão *lei* alcança aqui todas as normas jurídico-penais elaboradas na forma prevista pela Constituição Federal, e, pois, igualmente, os Decretos-leis editados pelo Poder Executivo, nos casos a que alude a Carta Magna.⁶ Compreende a totalidade da situação jurídica de que a pena depende (MEZGER). A proibição da retroatividade, todavia, não alcança as alterações da jurisprudência em prejuízo do réu.⁷

O banimento imposto pelo Ato Institucional n.º 13 e pelo Ato Complementar n.º 64, de 5 de setembro de 1969, editados por um triunvirato militar que então exercia o poder, constitui caso de efeito retroativo dado à lei penal. Na hipótese, trata-se de medida repressiva de caráter político. Com esse sentido, o banimento foi aplicado à família imperial, quando se proclamou a república. Em realidade, no entanto, constitui *pena* e como tal viola, a um tempo, o princípio da reserva legal e a justiça, pois é aplicado sem prévia cominação legal a qualquer ato ilícito e recai contra os que não são autores do malefício (o seqüestro em que a saída dos presos do território nacional constituía condição do resgate).

⁵ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Os direitos do homem e sua tutela jurídica*, in *Anais da V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, 1974, 111.

⁶ É perigosa a faculdade concedida ao Poder Executivo de editar decretos com força de lei em matéria penal, sobretudo quando se trata de governos autoritários, como tem sido o caso do Brasil nos últimos tempos. A Constituição francesa de 1958 reservou aos regulamentos baixados pelo Executivo toda a matéria das contravenções penais. Cf. F. BRICOLA, *Limiti di operatività della regola "Nullum crimen nulla poena sine lege" nel Diritto Penale francese*, *L'Indice Penale* n.º 1 (1967), 22.

⁷ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 2, 6.

De notar que a imposição de pena sem julgamento reedita o sistema dos *bills of attainder* e das *lettres de cachet* do antigo regime, violando a regra do *due process of law*.⁸

5. Entre as funções clássicas do princípio da reserva legal estão o da exigência de lei escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), que veda a incriminação através do costume, e a proibição da aplicação analógica de normas penais (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

6. Uma nova função veio a ser atribuída modernamente ao princípio da reserva legal: proíbe ele a incriminação vaga e indeterminada, que não permite saber de forma exata qual é a conduta incriminada. Como diz mestre SOLER, “a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitiva de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por meio da qual se conheça não apenas qual é a conduta compreendida, mas também qual é a não compreendida”.⁹

Trata-se, como se percebe, de exigência dirigida ao legislador, proibindo a formulação de tipos imprecisos, de contornos incertos. Estando, no entanto, o princípio da reserva legal inscrito na Constituição, a consequência será o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que não permitem conhecer com segurança o conteúdo do fato proibido. A Constituição da República Federal da Alemanha, em seu art. 103,

⁸ A pena de banimento prevista no antigo direito nunca foi aplicada no Brasil (salvo o já citado caso da família imperial). É curioso assinalar que a Constituição de 1824 a previa (art. 7.º, § 3.º) e o Código Criminal de 1830 dela tratava (art. 50), embora não estivesse cominada a qualquer crime. A Constituição de 1891 a aboliu expressamente (art. 72, § 20). Sobre as limitações da pena de banimento no direito romano, cf. MOMMSEN, *Droit Penal Romain*, trad., 1908, III, 318. Vejam-se também as sempre eloquentes palavras de BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVIII.

⁹ S. SOLER, *La Formulación actual del Principio “nullum crimen”, in Fe en el Derecho*, Buenos Aires, TEA, 1956, 283. WELZEL, § 5, II, 3: “O perigo que ameaça o princípio *nulla poena sine lege* não vem da analogia, mas das leis penais indeterminadas”.

proíbe expressamente ao legislador a formulação de “leis penais imprecisas, cuja descrição típica seja de tal forma indeterminada, que possa dar lugar a dúvidas intoleráveis sobre o que seja ou não proibido”. O preâmbulo do Código Penal Tipo para a América Latina, aprovado em Santiago do Chile, em 1963, “para inspirar e orientar a elaboração das leis penais na América e sua ulterior aplicação”, inclui o seguinte: “As leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira precisa e inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição.”¹⁰

A inexistência de expressa referência à taxatividade é indiferente, pois esta constitui, na formulação dos tipos, exigência lógica inafastável da função de garantia que tem o princípio da reserva legal.

É evidente que a identificação, no caso concreto, de tipos vagos e indeterminados, e, pois, da violação do princípio da reserva legal, vai depender, em última análise da sensibilidade jurídica e da vocação democrática do juiz. Alguns critérios gerais podem, no entanto, ser fixados. Ensina SOLER que o princípio de tipicidade pode ser violado de duas maneiras: ou deixando-se intencionalmente aberta uma figura de delito, criando-se um tipo em si mesmo analógico, ou fazendo-se uma lei que não tome por base um verdadeiro tipo de ação: *Al primer resultado se llega formulando una incriminación en la que solo aparentemente exista un tipo, es decir, construyendo un delito desfigurado, borroso, sin contornos, sea por la falta o por la poca precisión del verbo mismo escogido como definitório, sea por agregarle tantos y tales complementos que lo van dilatando hasta transformarlo, llevándolo a sentidos improprios, indefinidos y, por lo tanto, abiertos a muy diferentes posibilidades de aplicación*”. A segunda maneira de iludir a exigência da tipicidade é a dos casos em que o núcleo da definição reside na parte objetiva da ação, ou seja, incriminando-se o fato com base em certos resul-

¹⁰ O autor integrou a comissão que redigiu esses princípios, juntamente com os professores ALVARO BUNSTER e FRANCISCO LAPLAZA. Cf. *El Código Penal Tipo para Latino América, Instituto de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Rosario, 1968, 72.*

tados (e não na ação), de tal forma que a pena depende, não do que faz o agente, mas, sim do que ocorre em virtude de seu comportamento.¹¹

NUVOLONE, por seu turno, recorre ao critério da possibilidade de *interpretação unívoca*, entendendo que o princípio de taxatividade é violado sempre que a fixação da conduta típica exige do juiz um ato de vontade criadora. A norma não taxativa se apresenta necessariamente com possíveis conteúdos heterogêneos: a primeira é unívoca, a segunda equívoca.¹²

7. Em matéria política tem sido comum a violação do princípio da reserva legal pela incriminação vaga e indeterminada, que remonta à velha definição do *crimen maiestatis* contida no Digesto (D. 48, 4, 11). É o caso também do crime de traição previsto no art. 76 do CP francês de 1810, que punia “maquinação ou entendimentos” com potências estrangeiras ou seus agentes.¹³ Outros exemplos vamos encontrar em leis nazistas que incriminavam, ao tempo da guerra, “o rompimento da força defensiva do Estado” ou o “comportamento danoso ao povo”. Em Cuba, a Lei 425, de 9 de julho de 1959, que define os delitos contra-revolucionários, apresenta fórmulas ambíguas, como: “os que realizarem qualquer outra atividade considerada contra-revolucionária”; “os elementos contra-revolucionários de qualquer índole” ou “qualquer ato tendente a favorecer uma rebelião armada contra os poderes do Estado”, etc.¹⁴

Não temos dúvida em proclamar a inconstitucionalidade do art. 25 da vigente lei de segurança nacional (DL 898/69), que pune com reclusão de 5 a 15 anos quem “praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva”. O mesmo se diga do art. 23 do mesmo diploma, que pune com 8 a 20 anos de reclusão quem “tentar subverter a ordem

¹¹ S. SOLER, ob. cit., (nota 9), 284.

¹² NUVOLONE, *Sistema*, 42.

¹³ CHAVEAU-HÉLIE, *Théorie*, II, 44.

¹⁴ Cf. *Cuba et la Primauté du Droit*, Comissão Internacional de Juristas, Genebra, 1963, 127.

ou estrutura político-social vigente". A indeterminação da conduta típica é completa. O art. 16 pune a ação de quem divulga "notícia falsa, tendenciosa ou *fato verdadeiro truncado ou deturpado*, de modo a indispor ou *tentar indispor* o povo com as autoridades constituídas". Que significa, em termos de conduta típica, divulgar fato verdadeiro *truncado* ou *deturpado*, ninguém sabe. Tais disposições jamais foram aplicadas pelo Superior Tribunal Militar, cuja vocação democrática é bem conhecida. A alta corte tem sabido mitigar os excessos inadmissíveis da terrível lei em vigor.

Outro exemplo de violação do princípio da reserva legal pode ser apontado no art. 3.º do DL n.º 2, de 14 de janeiro de 1966, que mandava aplicar a pena estabelecida no art. 13 L. 1.802, a quem fizesse "oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente decreto-lei".¹⁵

Nos Estados Unidos, entende-se que a incriminação vaga viola a garantia do devido processo legal, que a Constituição incorpora: "*If a penal statute is vague, it violates due process*",¹⁶ A Corte Suprema já declarou a inconstitucionalidade de lei da Flórida sobre vadiagem, afirmando que seus termos não eram suficientemente explícitos.¹⁷

Tipos abertos

8. A indeterminação da conduta típica é inevitável no caso de *tipos abertos*, que resultam da estrutura técnica do direito penal vigente. São tipos abertos aqueles em que não aparece expressa, por completo, a norma que o agente transgride com seu comportamento, de tal maneira que não se contém no tipo a descrição completa da conduta delituosa,

¹⁵ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *O Novo Direito Penal Tributário e Econômico*, RBCDP n.º 12, 80 (1966).

¹⁶ Veja-se JEROME HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1947, 49, com indicação de jurisprudência.

¹⁷ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Marginalité Sociale et Justice*, Centro Nazionale di Prevenzione Sociale, Milão, 1976, 6 e as referências bibliográficas que ali se contém.

que depende de normas especiais que o tipo pressupõe.¹⁸ Nos tipos abertos desaparece, em consequência, o efeito indiciário da tipicidade.

São tipos abertos os dos *crimes culposos*, que apenas descrevem resultados e devem ser completados com a ação ou omissão contrária ao dever objetivo de cuidado. São também abertos os dos *crimes comissivos por omissão*, nos quais a conduta típica depende da transgressão do dever jurídico de impedir o resultado. Pertencem também a essa categoria os tipos em que se faz expressa referência à ilicitude, com o emprego de expressões como “indevidamente” (arts. 151, 151 § 1.º II, 162 CP, etc.); “sem justa causa” (arts. 153, 154 CP); “sem permissão legal” (art. 292 CP), etc.

No caso de tipos abertos a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando se houve a transgressão das normas que a incriminação pressupõe. A fixação de critérios para a complementação do tipo, atenua, como diz WELZEL, a indeterminação da conduta típica.¹⁹

Os elementos normativos do tipo, que enfraquecem a função de garantia da lei penal, não atingem o princípio da legalidade.

Medidas de segurança

9. As medidas de segurança não podem ser aplicadas se não estiverem previstas em lei, estando regidas, pois, pelo princípio da legalidade. Todavia, não se fixa na lei a reserva legal, no sentido da anterioridade *ao fato*. O art. 75 CP dispõe: “As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”. Cf. art. 3.º CP de 1969.

Essa concepção baseia-se, como se sabe, no princípio do duplo binário, considerando-se que as medidas de segurança têm caráter não retributivo e se fundam na periculosidade do agente, visando apenas à emenda e à recuperação social do criminoso. O direito penal moderno, no entanto, evoluiu no

¹⁸ FRAGOSO, *Lições*, PG, n.º 159, 199.

¹⁹ WELZEL, § 5, II, 4.

sentido da identificação da pena com a medida de segurança detentiva, cuja natureza aflitiva é indiscutível.²⁰ Proclama-se, por outro lado, que a pena deve ser cumprida de modo que exerça sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social (art. 37 CP de 1969), ou seja, que a pena deve ser cumprida como medida de segurança.

A tendência é, pois, a de subordinar as medidas de segurança às mesmas garantias que o princípio da reserva legal estabelece para a pena. Assim dispunha o projeto alternativo da reforma penal alemã. Como se lê na Exposição de Motivos desse projeto, comumente as medidas de segurança conduzem a larga privação da liberdade, atingindo gravemente bens jurídicos, e, como a pena, podem ser aplicadas repressivamente.²¹ O CP austríaco de 1974 (que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1975), em seu § 1 equipara as medidas de segurança à pena para os efeitos da reserva legal. A nova Parte Geral do CP alemão, que na mesma data passou a reger, manda aplicar a medida de segurança em vigor ao tempo da sentença, se a lei não dispuser diversamente.²² A respeito da ressalva (que não constava da lei anterior), a Exposição de Motivos do projeto de 1962 esclarece que não pode a regra geral prevalecer no caso de novas medidas de segurança, que gravemente atinjam a liberdade do agente e que, por isso, tenham efeito semelhante ao da pena.²³

Nulla poena sine lege

10. No que tange à pena, o princípio da reserva legal não apresenta o mesmo rigor, pois tem sido comum na legis-

²⁰ NÉLSON HUNGRIA, *Novos Rumos do Direito Penal*, RF 198/21 (1962).

²¹ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr, 1966, 29.

²² *Ueber Massregeln der Besserung und Sicherung ist, wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt* (§ 2, 6).

²³ *Entwurf-eines Strafgesetzbuches E 1962, Begründung*, 108.

lação a previsão da pena dentro de amplos limites ou de forma indeterminada, para atender às exigências da individualização. Nesse sentido, NUVOLONE afirma que a segunda parte do princípio vem progressivamente perdendo o seu caráter absoluto, significando na atualidade somente que a pena deve ser prevista em abstrato pela lei, com a determinação dos limites mínimos e máximos dentro dos quais pode mover-se o poder discricionário do julgador.²⁴

Ensina MAURACH que se atende ao princípio da pena legalmente determinada e da conseqüente proibição da ameaça penal absolutamente indeterminada, sempre que a lei assinale a *espécie penal* escolhida. Se isto ocorrer, a fixação de limites será supérflua. Não constituem, pois, ameaças penais absolutamente indeterminadas, as disposições que prevêm a pena pecuniária sem limitar seu valor.²⁵

Os códigos estrangeiros raramente cominam a pena de multa estabelecendo limites. O CP alemão, por exemplo, apenas indica que o crime deve ser punido com certa pena privativa da liberdade e multa. Os limites são os previstos na Parte Geral. Os tribunais entendem que é legítima a simples cominação de qualquer pena legalmente admissível. Para WELZEL isto significa esvaziar totalmente o conteúdo do conceito de determinação legal.²⁶

No direito inglês o poder discricionário do juiz na imposição da pena é imenso, sendo excluído apenas no caso de homicídio qualificado (*Murder*). É possível afirmar com segurança que o princípio *nulla poena sine lege*, em verdade, não existe no direito penal inglês.²⁷ Nos Estados Unidos, a pena indeterminada tem sido largamente empregada, com resultados deploráveis. Todas as organizações de presos têm-se

²⁴ P. NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale, Studi in memoria di Filippo Grispiigni*, Milão, Giuffrè, 1956, 238.

²⁵ MAURACH, *Lehrbuch*, § 62 B.

²⁶ WELZEL, § 5, I, 1. Cf. HELENO C. FRAGOSO — LÍDIA SEQUEIRA, *A cominação das penas no novo Código Penal*, RDP 17/18, 31 (1975).

²⁷ HELENO C. FRAGOSO, *Notas sobre o Direito Penal Anglo-Americano*, RBCDP n.º 14, 119 (1966).

pronunciado no sentido de sua abolição, tendo-se em vista a incerteza e os abusos a que conduziu.²⁸

O CP de 1969 (art. 64) previu pena relativamente indeterminada para os criminosos habituais ou por tendência, tendo em vista que eliminou as medidas de segurança detentivas para imputáveis. Considerando-se a falência total da prisão, nada se pode esperar desse tipo de pena.

Analogia "in bonam partem"

11. Partindo de rigoroso positivismo jurídico, NÉLSON HUNGRIA entende (p. 110) que não haveria lugar, em face do CP vigente para a analogia *in bonam partem*. Os preceitos referentes à exclusão da antijuridicidade, da culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção da punibilidade, seriam *excepcionais*, e, pois, insuscetíveis de ampliação analógica em favor do réu. A opinião do mestre está fundada em sólida doutrina.

Desejamos, no entanto, a propósito, registrar nosso dissenso. Parece-nos que as normas eximentes de *caráter geral* não são excepcionais e que, como já ensinava CARRARA, são suscetíveis de ampliação analógica. Como afirma BETTIOL, somente quando a norma representa uma verdadeira e própria interrupção na projeção lógica de uma norma penal deve ser considerada de caráter excepcional, e, pois, limitada aos casos nela especificados.²⁹ É o caso, por exemplo, da norma que especifica a impunibilidade da interrupção da gravidez em caso de estupro (art. 128, II CP). Não é possível ampliar analogicamente a disposição para aqui incluir outros crimes contra os costumes.³⁰

²⁸ JESSICA MITFORD, *Kind and usual Punishment*, Nova York, Alfred Knopf, 1973, 85: "The indeterminate sentence must be abolished, because it is inherently unjust and has been shown to be in practice a weapon of control and intimidation in the prison's attempt to destroy a convict's will.

²⁹ BETTIOL, *Dir. Pen.*, 117, aludindo à *força expansiva* do ordenamento penal nesse setor.

³⁰ FRAGOSO, *Lições*, PG n.º 81.

A aplicação analógica (que não se confunde com a *interpretação* analógica, sempre admissível em qualquer caso) há de fazer-se com base no argumento *a pari ratione*.

Tribunal de Nuremberg

12. Transcrevemos a seguir a nota deixada por NÉLSON HUNGRIA para ser incluída na próxima edição de seus "Comentários", substituindo a que se encontra à página 39.

"O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea. Instalado para julgamento dos *grandes criminosos* nazistas, mal disfarçando sua qualidade de tribunal de guerra *contra* os vencidos e constituindo, também ele, pelo seu unilateralismo, parcialidade e arbitrio, um atentado à cavilização. Foi ele, no curso da História contemporânea, a primeira Corte internacional para julgar, com irrestrita soberania, os denominados "crimes de guerra", "crimes contra a paz" e "crimes contra a humanidade" (estes últimos quando tivessem alguma ligação com a guerra), até então deixados impunes, porque praticados por ordem e conta do Estado, cujos agentes estavam adstritos à obediência, e era princípio assente que *universitas delinquere non potest*. Mas o discutido tribunal de exceção, imposto pelos vencedores, na conformidade do acordo de Moscou e do Estatuto de Londres, não teve outro objetivo senão o de vingança, pura e simples, contra os maiores do derrotado hitlerismo, que não haviam escapado pela fuga ou pelo suicídio. Funcionando consoante a vontade discricionária dos Aliados vitoriosos, realizou, empiricamente, com a mais desabrida unilateralidade, o que, nos dias porvindouros, poderá constituir, dentro de critérios imparciais e disciplinados segundo a *ordinatio rationis* ou ditames da ordem jurídica, um capítulo da legislação penal, militar ou comum, seja no plano nacional, seja na dimensão internacional. Como já foi aludido, além dos "crimes de guerra" e dos "crimes contra a paz", cuja punição, aliás, na carne mesma de seus agentes, não será jamais convincentemente justificada fora do âmbito da própria guerra (que não conhece outra lei além do desesperado "*à la*

guerre, comme à la guerre”, que, no balanço final das mútuas represálias, torna compreensível a regra tradicional de que “inimigo vencido, inimigo perdoado”), a Carta de Nuremberg mencionou, no seu terceiro *count of indictment*, fatos que devem ser, inquestionavelmente, definidos no rol dos crimes de direito comum e na classe dos qualificados “internacionais” ou dos *delicta juris gentium*, sem dispensa, porém, e nisso é que bate o ponto, de jurisdição regular. Organizada *ad hoc*, mediante um plano de improviso, a Corte de Nuremberg não foi mais que uma tragicomédia. Ao invés de um menos inexplicável fuzilamento sumário dos chefes vencidos, preferiram os Aliados sujeitá-los ao inútil martírio de um longo processo e de um julgamento irrecorrível, em que os juizes, de ouvidos surdos à defesa, estavam de antemão determinados à imposição da pena de morte infamante na força aos acusados. Fez-se *tabula rasa* do *nullum crimen, nulla poena sine lege* e da irretroatividade da *lex gravior* em matéria penal. Entre os dois ensinamentos de SÃO PAULO, o de que “aqueles que pecam sem lei, sem lei serão punidos” e o de que “não se deve praticar um mal ainda que para atingir um bem”, o Tribunal de Nuremberg seguiu, à risca, o primeiro. Com um plano de julgamento elaborado de afogadoilho, ali se puniram com a pena capital (enforcamento), fatos pretéritos até então não incriminados, invocando-se para isso o direito internacional, que, entretanto, jamais cuidara de definir crimes ou cominar penas. Os acusados foram condenados, com a mais despejada iniquidade, por fatos de guerra idênticos aos praticados, e em maior escala, pelos Aliados vencedores (esquecidos de Hiroshima e Nagasaki). Deixou-se de margem o princípio universalmente consagrado da territorialidade da lei penal. Estabeleceu-se a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações mandatárias dos crimes nazistas, ainda que alheios aos fatos por estas praticados, repudiando-se, assim, a secular parêmia jurídica, de que *peccata suos teneant auctores*. Fez-se caso omissa das normas de exculpação ou de exclusão de crime nos casos de obediência devida a superior hierárquico, de coação irresistível e de ordem da lei. Como diz MONTERO

SCHMIDT, “jamais poderia o espírito de algum jurista conceber tamanha derrocada dos princípios de Direito, que se corou com uma cena grotesca e macabra: o enforcamento do marechal Goering, depois que este se havia suicidado na prisão”.

Arbitrio judicial

13. No último tópico de seus comentários ao artigo 1.º CP, NÉLSON HUNGRIA alude ao “arbitrio judicial”, afirmando que, proibido no tocante a incriminações e sanções penais, é inevitável no que concerne à medida da pena.

Embora sempre exista para o juiz uma certa margem de livre apreciação na medida da pena, na qual sua atividade é dirigida essencialmente por sua sensibilidade jurídica e seu espírito de justiça,³¹ aqui não há, realmente, arbitrio, mas sim *poder discricionário*. O que distingue um e outro é o dever da justificação ou da motivação. Como diz BRICCLA, a motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbitrio.³²

A evolução do direito nessa matéria processou-se de forma notável a partir da concepção mecanicista da atividade judicial, de que era exemplo o CP francês de 1791, com o sistema de tarifas, que significava a aplicação automática das únicas sanções previstas na lei. Por longo tempo desenvolveu-se a doutrina no sentido da individualização da pena, com vigoroso impulso da Escola Positiva, retomando, aliás, antigas lições. E, nas leis penais, com a cominação de penas com maior amplitude, surgiram as fórmulas gerais sobre a aplicação da pena, como a do art. 133 CP italiano, a que corresponde o art. 42 de nosso código. Pela sua importância

³¹ É o *Frete Raum*, de que fala KARL PETERS, *Strafprozess, ein Lehrbuch*, 1966, 569, e, basicamente, a famosa *Spielraumtheorie*. Veja-se sobre o assunto o excelente tratado de HANS-JURGEN BURNS, *Strafzumessungsrecht*, 1967, Carl Heymans Verlag, 567 s.

³² FRANCO BRICOLA, *La discrezionalità nel Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1965, 5, 7, 143, *passim*.

e significação, BETTIOL, chama a estas últimas de “*polmone della legislazione penale*”.

Busca-se assim subtrair sempre mais a medição da pena, como ensina FOSCHINI, “*ad un insindacabile impulso emozionale*”,³³ para que a consideração do fato concreto e da personalidade do agente, corrigindo a amplitude da cominação legal, impeçam que a pena imposta seja substancialmente injusta, embora dentro dos limites previstos em lei. A liberdade do juiz na fixação da pena é, assim, aparente, pois ele tem o *dever* de escolher a decisão que corresponde à realização da justiça, indicando as razões que o inspiram. Por outro lado, tem o réu o direito de saber não apenas porque é punido, mas também porque recebe *esta* pena.³⁴ Penetram, nas legislações, regras expressas, a respeito. Assim, o dever de motivar o *quantum* da pena consta do art. 79 inc. 4 do CP grego. Inspirado no art. 86 parágrafo único do projeto português de EDUARDO CORREIA, o CP de 1969, em seu art. 55, consigna: “Na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena”. Tal regra foi introduzida por sugestão do autor à comissão revisora.

A jurisprudência de nossos tribunais orienta-se, de longa data, no sentido de anular as decisões que não fundamentam a aplicação da pena acima do mínimo legal.³⁵

³³ G. FOSCHINI, *Misura della pena*, no volume *Reati e pene*, Milão, Giuffré, 1960, 186.

³⁴ LOTHAR SCHMIDT, *Die Strafzumessung*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bonn, 1954, 2. Band, 104.

³⁵ FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 438. Cf. também HELENO C. FRAGOSO, *A motivação da sentença na aplicação da pena*, *Justitia*, vol. 65 (1969).

ARTIGOS 2.º e 3.º

LEI PENAL NO TEMPO

BIBLIOGRAFIA: M. SINISCALCO, *Tempus commissi delicti — reato permanente e successione di legge penali*, Riv. it., 1960, 1093; ANIBAL BRUNO-NILO BATISTA, *Teoria da Lei Penal*, São Paulo, Rev. Tribs., 1974.

14. A sucessão de leis no tempo e sua aplicação são dominadas pelo princípio básico segundo o qual os fatos se regem pela lei do tempo em que se verificam (*tempus regit actum*). No campo do direito penal a matéria se subordina à regra da extra-atividade da lei mais benigna. Se a lei anterior é a mais favorável, será ultra-ativa, devendo ser aplicada. Se a *lex mitior* é posterior, será aplicada retroativamente.

Com a introdução no texto constitucional (art. 153, § 16) do princípio da retroatividade da lei mais favorável, todos os intérpretes do código vigente seguiram a opinião de HUNGRIA, no sentido de que não mais vigora a limitação constante do parágrafo único do art. 2.º CP. Mesmo ao fato definitivamente julgado aplica-se a lei que favorece o agente em hipóteses diversas da *abolitio criminis*. O art. 2.º e seu § 1.º do CP de 1969 dispõem: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil. § 1.º: A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorecer o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível”.

Lei mais benigna

15. O exato critério preconizado por NÉLSON HUNGRIA para apuração da lei mais favorável, foi expressamente introduzido no CP de 1969: “Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato” (art. 2.º, § 2.º).

No mesmo sentido orientou-se o projeto de CP Tipo para a América Latina (art. 8.º, *in fine*): “Não se poderá entretanto recorrer a leis correspondentes a diversas épocas, para obter com sua aplicação conjunta uma regra mais favorável”.¹

Consagra-se assim a velha lição de BINDING,² contra a qual são raríssimas as vozes discordantes. Na Itália, PETROCELLI é a única opinião em contrário. Na Alemanha, a doutrina é unânime em afirmar ser inadmissível a combinação das duas leis, para formar uma terceira. Entre nós, porém, há ilustres professores que opinam diversamente, o que tem levado a jurisprudência a certas vacilações.³ A regra agora introduzida em texto expresso é mera consequência das normas de direito constitucional, que não permitem ao juiz le-

¹ Veja-se o texto do projeto na RDP 7/8, 181 s. (1972).

² BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, 261.

³ Uma pequena nota deixada por NÉLSON HUNGRIA dizia: “Não vale a invocação a PETROCELLI e a ROUBIER. O primeiro pronuncia-se de *lege ferenda* e o segundo, na última edição do seu *Le Droit transitoire* (1960), já aderiu à doutrina contrária (pg. 502): “*La méthode qui a le plus faveur actuellement est celle qui, prenant la loi nouvelle dans son ensemble et renonçant à dire si elle est, objectivement et in abstracto, une loi plus douce ou plus sévère, définit ce caractère par son application in concreto. La loi la plus douce, ce sera celle qui apparaîtra telle, dans l'espèce concrète que le juge aura à trancher... Cette méthode évite le reproche qui a été fait à la théorie de BLANCHE: elle ne combine pas les deux lois; car, dans chaque espèce, il n'y a jamais qu'une loi qui sera applicable, et ce sera l'ancienne, ou bien la loi nouvelle, suivant que c'est l'une ou l'autre qui se trouve en définitive la plus favorable au délinquant*”.

gisslar, formando, com disposições tiradas de várias leis, uma terceira lei diversa. É o decisivo argumento de MANZINI.⁴

Prescrição

16. Ao referir-se ao alcance dos princípios que regem a lei penal no tempo, NÉLSON HUNGRIA não hesita em aludir à prescrição, afirmando que a ela seriam ditos princípios aplicáveis. Lei nova que ampliasse um prazo prescricional não poderia ser aplicada a fatos pretéritos.

A matéria é objeto de controvérsia, que se relaciona com a natureza jurídica da prescrição, que muitos consideram apenas suspensão ou impedimento do processo, entendendo que o decurso do tempo não pode transformar a punibilidade em impunibilidade.⁵ Sendo normas de caráter puramente processual, nenhum obstáculo haveria para ampliar o prazo prescricional em curso.⁶

Cs que sustentam o caráter jurídico material, desde FEUERBACH, entendem que a prescrição se funda na essência e no fim da pena.⁷

Correta é, porém, a nosso ver, a teoria mista, que admite o caráter material e processual da prescrição, que representa, por um lado, a perda do interesse na perseguição e no castigo, e, por outro lado, um impedimento processual. Em boa verdade, o aspecto processual da prescrição é o mais nítido e evidente: a prescrição constitui um pressuposto processual

⁴ MANZINI, *Trattato*, I, 344.

⁵ MAURACH, *Lehrbuch*, § 72, II A, entende que ambas espécies de prescrição se apresentam como impedimentos processuais (*Prozesshindernis*). Essa opinião é amplamente dominante na doutrina alemã.

⁶ Convenção internacional celebrada pela ONU, em 26 de novembro de 1968, declarou a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade praticados pelos nazistas. Para JESCHECK, *Lehrbuch*, § 15, IV 4, tal convenção viola princípios constitucionais em vigor na Alemanha. Cf. *Revue Int. Droit Pénal*, 1966, 513. No Brasil, positivamente não pode ser aplicada.

⁷ Nesse sentido, LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung*, Munique e Berlim, Beck Verlag, 1955.

negativo, implicando na suspensão do processo sem decisão de mérito. MEZGER entende que a teoria mista somente é aplicável à prescrição da persecução penal. A prescrição da execução da pena seria puramente processual.⁸

Tempo do crime

17. O CP de 1969 (art. 5.º) incorporou regra expressa sobre o tempo do crime, inexistente na lei atual, acolhendo a teoria da atividade, aceita sem discrepâncias pela nossa doutrina: “O crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Nos crimes omissivos, tempo do crime é o momento em que o agente transgredir o dever jurídico de atuar ou de impedir o resultado (nos crimes comissivos por omissão). Na hipótese de participação, o tempo a ser considerado é aquele em que o agente praticou o fato que constitui participação no delito levado a efeito por outrem.

Medidas de segurança

18. Como já vimos, as medidas de segurança estão submetidas ao princípio da legalidade, mas não são a elas aplicáveis as garantias que o princípio *nullum crimen* estabelece para os crimes e as penas (cf. n.º 9, *supra*). Em consequência, aplica-se a lei vigente ao tempo da sentença ou da execução, se for diversa. Esse critério fundava-se no sistema do duplo-binário, hoje em franco descrédito, e deve ser rejeitado.

Não deve o leitor enganar-se com as afirmações que faz HUNGRIA sobre a pena e as medidas de segurança (págs. 149/150). Elas foram revistas e abandonadas pelo mestre em seus últimos trabalhos, já citados. Todas as medidas de segurança aplicáveis aos imputáveis têm caráter punitivo, qualquer que seja o rótulo utilizado.

⁸ Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 355.

Leis excepcionais ou temporárias

19. A respeito de leis excepcionais ou temporárias, desejamos acrescentar que tais leis podem ser substituídas por outras leis que tenham o mesmo caráter. Em tal caso parecem-nos exatíssimos os critérios de solução propostos por GRISPIGNI: No caso de nova lei excepcional ou temporária, deve-se distinguir segundo a natureza desta. *Se si trata di legge determinata dalle mutate condizioni politico-sociali, in tal caso deve negarsi la retroattività della nuova legge più favorevole; ma se l'innovazione legislativa è determinata dalla necessità di regolare in modo più razionale ed equo la stessa materia, pur rimanendo sostanzialmente immutate le circostanze eccezionali che hanno suggerito la precedente legislazione, in questo caso non solo non vi è motivo di negare la retroattività della legge più favorevole, ma tutto consiglia di riconoscere tale retroattività.*⁹ É possível, portanto, a retroatividade benigna em caso de lei excepcional ou temporária que sucede outra lei da mesma natureza, mais grave.

Concurso aparente de normas

20. Pretendeu HUNGRIA introduzir, no novo CP, regras expressas sobre a difícil questão do concurso aparente de normas. O art. 5.º de seu anteprojeto dispunha: “Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: (a) — a norma especial exclui a norma geral; (b) — a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro, é excluída pela norma atinente a este; (c) — a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo único — A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente”.

⁹ GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, Milão, Giuffré, 1950, I, 358.

A essa proposta opusemos extensa crítica,¹⁰ entendendo que a matéria ainda não atingiu a evolução doutrinária indispensável para permitir solução legislativa segura. Dos quatro princípios aventados pela doutrina, só há unanimidade de opiniões em relação ao da *especialidade*. Com referência aos demais, há enorme controvérsia, agravada pela teoria do fato anterior e posterior impunível. O que encontramos nos códigos, quando tratam do assunto, é tão-somente a disciplina do princípio da especialidade, que constitui, porém, como diz BETRIOL, *un principio di carattere logico che deve essere riconosciuto ed accettato indipendentemente da ogni espresso riconoscimento legislativo*.

Os casos de concurso aparente de normas são aqueles em que duas ou mais normas acham-se em vigor ao mesmo tempo, regulando a mesma matéria, de tal forma que uma delas exclui as demais, em face das relações que entre elas existem. Esse concurso chama-se *aparente* porque, em verdade as normas não estão em conflito nem são aplicáveis conjuntamente (ao contrário do que ocorre no concurso *real* de crimes, material ou formal). Como diz MAURACH, dá-se o concurso de leis (aparente) quando uma ação *pode* ser julgada segundo vários tipos, de tal modo que basta um deles para esgotar o pleno injusto do fato.¹¹ Resolve-se o concurso aparente de normas com a aplicação de apenas uma e exclusão das demais, por princípios lógicos e de valoração jurídica do fato. As hipóteses de especialidade e de subsidiariedade (que se resolvem por princípios lógicos), são de mais fácil disciplina legislativa. A consunção, porém, por sua própria natureza, dificilmente permite o estabelecimento de um critério geral, sem recorrer a fórmulas demasiadamente vagas e enganadoras.¹² A revisão final do projeto, feita não se sabe por quem, eliminou, em boa hora, do texto do código, as regras

¹⁰ HELENO C. FRAGOSO, *A Reforma da Legislação Penal*, RBCDP n.º 2, 56 (1963).

¹¹ MAURACH, *Lehrbuch*, § 55, I B.

¹² NÉLSON HUNGRIA defendeu a orientação de seu projeto no artigo *Em torno ao anteprojeto de código penal*, RBCDP n.º 3, 1963.

defeituosas sobre concurso aparente de normas, que subsistiram (embora melhoradas) após a revisão inicial.

21. A matéria dá lugar a graves incertezas e conduz a jurisprudência dos tribunais a grandes vacilações.¹³ As questões mais debatidas têm sido a do concurso entre o *falsum* e o crime patrimonial, nos casos em que a falsidade documental é meio para a prática de estelionato ou apropriação indébita¹⁴ e a hipótese de fraudulenta disposição da coisa obtida através de roubo, furto ou apropriação indébita.¹⁵

¹³ A bibliografia indicada por HUNGRIA acrescentamos: OSCAR STEVENSON, *Concurso Aparente de Normas*, no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Rio, Forense, 1962; ODIN AMERICANO, *Concurso Aparente de Normas*, 1958; MARCELO FONTES BARBOSA, *Concurso de Normas Penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976; F. ANTOLISEI, *Sul Concorso Aparenti di Norme, Scritti di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1955, 245; G. DELITALA, *Concorso di Norme e Concorso di Reati*, Riv. It. Diritto Penale, 1934, IV, 104; A. ETCHEBERRY, *El Concurso Aparente de Leyes Penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956; R. FONTECILLA, *Concursos de Delinquentes de Delitos y de Leyes Penales y sus Principales Problemas jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956; F. MANTOVANI, *Concorso e Conflito di norme nel Diritto Penale*, Bolonha, Zanichelli, 1966; SINISCALCO, *Il concorso Aparente di Norme*, Milão, 1961; FROSALI, *Concorso di Norme e Concorso di Reati*, Città di Castello, 1937; MORO, *Unità e Pluralità di Reati*, Pádua, 1951.

¹⁴ Tecnicamente essa hipótese é de concurso (material ou formal) de crimes. Essa solução, no entanto, é inaceitável, tendo-se em vista a gravidade das penas cominadas ao *falsum*. Os tribunais geralmente entendem que há um só crime: o de falsidade documental ou o de estelionato. Essa última solução, sufragada por copiosa jurisprudência, deve ser adotada. Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.* n.º 204. O CP de 1969, em disposição infeliz (art. 343), manda aplicar a regra do concurso formal.

¹⁵ O estelionato é, em tal caso, *fato posterior impunível*. Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.* n.º 241; Id. *Lições*, PE, I n.º 282.

ARTIGOS 4.º a 7.º

APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO

Bibliografia: F. ARAGONA, *Sulla rilevanza degli atti preparatori al fini del principio di ubi quita nel concorso di persone nel reato*, Riv. it., 1969, 545; BAROSIO, *Il principio di ubi quita in rapporto al reato continuato*, Riv. it., 1962, 538; F. CARRARA, *Delitti commessi all'estero*, Opuscoli, II, 387; H. SCHULTZ, *Competence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger*, Revue, 1967, 2.º fasc.; M. C. FAYARD, *La localisation internationale de l'infraction*, Revue, 1968, 4.º fasc.; FABIO DEAN, *Norma penale e território*, Milão, Giuffrè, 1963; QUADRI, *Diritto Penale Internazionale*, 1943; N. LEVI, *Diritto Penale Internazionale*, Milão, Giuffrè, 1949; TITO MONDIM, *Mar Territorial*, Rev. Inf. Legislativa, n.º 15/16; Id., *Plataforma submarina*, Rev. Inf. Legislativa, n.º 20; L. BRAGA, *Regime Juridico do Mar*, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 23; V. MAROTA RANGEL, *Natureza jurídica e delimitação do mar territorial*, 1966; FLAVIO MARCÍLIO, *Fixação dos limites do mar territorial*, Rev. Inf. Legislativa, n.º 30; MÁRIO O. FOLCHI, *Delitos à bordo de aeronaves*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964; CLAUDIO SOUTO, *As Imunidades parlamentares*, Recife, 1962; ALCINO P. FALCÃO, *Da Imunidade Parlamentar*, Rio de Janeiro, 1944; RAUL MACHADO HORTA, *Imunidades Parlamentares*, Rev. Inf. Legislativa, n.º 15/16; ARGEMIRO FIGUEIREDO, *Imunidades Parlamentares*, Rev. Inf. Legislativa, n.º 6; COSTA RODRIGUES, *Imunidades Parlamentares*, Idem, n.º 6; EDUARDO NOVOA MONREAL, *Los Problemas Actuales de la Extradición*, Rev. Ciencias Penales (Chile), jan.-abr. 1967; A. LÉGAL, *La notion d'infraction politique au regard de l'extradiction*, Revue, 1968, 845; M. CHERIF BASSIOUNI, *International extradition and world public order*, Leyden, Sijthoff, 1974, 1974; Os efeitos internacionais dos julgamentos repressivos, contribuições de DE MATTIA, H. GRÜTZNER, OSCAR TENÓRIO e J. L. ROPERS, RBCDP, n.º 6 (1964); QUINTINO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madri, 1955; C. TORRES GIGENA, *Asilo Diplomático*, Buenos

Aires, La Ley, 1960; M. CHERIF BASSIOUNI — VED P. NANDA (eds.), *A Treatise on International Criminal Law*, Illinois, Charles C. Thomas, 1973; GERHARD O. W. MUELLER-EDWARD M. WISE (eds.), *International Criminal Law*, South Hackensack, Fred B. Rothman, 1965; G. FOSCHINI-G. LEONE, *Effetti Internazionale delle sentenze penali*, Riv. it., 1964, 662; FURTADO DOS SANTOS, *Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional*, Lisboa, 1960; T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Pádua, Cedam, 1973.

Lugar do crime

22. O princípio geral que rege a aplicação da lei penal brasileira no espaço, é o de que tal lei se aplica aos crimes cometidos no território nacional. Trata-se de mera consequência da soberania do Estado. Tal princípio está consagrado no art. 4.º CP vigente sob a rubrica imprópria de *Local do crime*. A disciplina jurídica do local do crime, a rigor, nada tem a ver com as regras sobre a aplicação da lei, como assinalava MAX ERNST MAYER, devendo sistematicamente ser tratada na teoria do crime.¹

O CP de 1969, tecnicamente mais correto que o atual, contém regra expressa sobre o local do crime: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado” (art. 6.º). Essa redação foi dada pela Lei 6.016, de 31/12/73. A fórmula introduzida pela comissão revisora ministerial, por sugestão do autor, era mais ampla: “Considera-se praticado o fato no lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Nos crimes omissivos o fato considera-se praticado no lugar em que deveria realizar-se a ação omitida”.²

¹ MAX ERNST MAYER, *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Carl Winters, 1915, 70: “Die Bestimmung des Begehungsortes ist eine Aufgabe der Verbrechenslehre”. Cf. artigo 8.º Projeto SOLER.

² A Comissão inspirou-se no projeto português de EDUARDO CORREIA (art. 5.º n.º 6 § 1.º): “Um crime considera-se praticado no

Como se sabe, a lei vigente consagra, quanto ao local do crime, a *teoria da ubiqüidade*. Tal teoria é, acertadamente, mantida no novo CP. Entende-se praticado o crime tanto no lugar da ação e do efeito intermédio, como no lugar do resultado. Na hipótese de participação (concurso na ação típica de outrem), lugar do crime é aquele em que ocorreu o ato de participação, bem como o lugar da ação típica e o do efeito, se diverso. Nos crimes omissivos, lugar do crime é aquele em que o agente transgride o dever jurídico de atuar. Nas situações de tentativa, lugar do crime é não só o lugar da ação, como também aquele em que (objetivamente) deveria produzir-se o resultado. A intenção do agente é, aqui, irrelevante.

Conceito de território

23. Não define o CP vigente que se deve entender por território nacional, ao contrário do que fazia, aliás, incorretamente, o CP de 1890 (art. 4.º).

Território nacional é o espaço sobre o qual o Estado exerce sua soberania. Compreende o território limitado pelas fronteiras, inclusive rios e lagos, sem solução de continuidade, o mar territorial e o espaço aéreo correspondente.

Mar territorial e espaço aéreo

24. Acha-se em vigor o DL 14.098, de 25/3/70, que fixa o limite do mar territorial em 200 milhas. Na Exposição de Motivos desse diploma se afirma “que o interesse especial do Estado costeiro na manutenção da produtividade dos recursos vivos das zonas marítimas adjacentes a seu litoral é reconhecida pelo direito internacional; que tal interesse só

lugar em que, total ou parcialmente e sob forma de comparticipação, se desenvolveu, ou no caso de omissão devia desenvolver, a atividade criminosa, bem como naquele em que veio a produzir-se o resultado descrito no respectivo tipo legal”. O anteprojeto HUNGRIA (art. 7.º) limitava-se a reproduzir a lei vigente.

pode ser eficazmente protegido pelo exercício da soberania inerente ao conceito de mar territorial, e que cada Estado tem competência para fixar seu mar territorial dentro de limites razoáveis, atendendo a fatores geográficos e biológicos, assim como às necessidades de sua população e sua segurança e defesa”. O art. 1.º dispõe: “O mar territorial brasileiro abrange uma faixa de 200 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha do baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro adotada como referência nas cartas náuticas brasileiras. Parágrafo único — Nos lugares em que a linha costeira apresenta reentrâncias profundas ou saliências, ou onde existe uma série de ilhas ao longo da costa e em sua proximidade imediata, será adotado o método das linhas de base retas, ligando pontos apropriados, para o traçado da linha a partir da qual será medida a extensão do mar territorial”. O art. 2.º proclama: “A soberania do Brasil se estende ao espaço aéreo acima do mar territorial, bem como ao leito e subsolo deste mar”.

O Brasil era o único país sul-americano que ainda mantinha o critério de fixação do mar territorial no limite de 12 milhas. Esse critério havia sido adotado pelo DL 553, de 25/4/69, que revogava o DL 44, de 18/11/66, que, por seu turno, estabelecia o limite de 6 milhas, acrescido de uma zona contígua de 6 milhas, onde seriam assegurados direitos exclusivos de pesca e jurisdição, no que concerne à prevenção e repressão das infrações aduaneiras, fiscais, sanitárias e imigratórias.

25. O Código Brasileiro do Ar em vigor é o aprovado pelo DL 23, de 18/11/66, alterado pelo DL 234, de 28/2/67. Em seu art. 2.º dispõe: “O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e respectivas águas jurisdicionais”. Coincidindo, dessa maneira, o espaço aéreo, com o território nacional, as aeronaves ficam também sujeitas ao mesmo regime das embarcações, quanto às demais questões que se suscitem.

Território nacional por extensão

26. O CP de 1969, após fixar o princípio da territorialidade (art. 7.º), segundo o qual “aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”, esclarece o que seja *território nacional por extensão*: “Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional os navios e aeronaves brasileiros de natureza pública ou a serviço do Governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e os navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, que se acham, respectivamente, em alto mar ou espaço aéreo correspondente” (art. 7.º § 1.º). O § 2.º dispõe: “É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estes em porto ou mar territorial do Brasil”.

O já citado Código Brasileiro do Ar, em vigor, após declarar que “o direito aéreo é regulado pelas convenções e tratados que o Brasil tenha ratificado e pelo presente Código (art. 1.º), esclarece: “Consideram-se território do Estado de sua nacionalidade as aeronaves militares e as públicas, onde quer que se encontrem. § 1.º — Consideram-se, também, território do Estado de sua nacionalidade as aeronaves privadas quando em alto mar ou em território que não pertença a nenhum Estado, ou ainda em vôo sobre esses. § 2.º — Consideram-se em território de um Estado quaisquer aeronaves privadas que nele se encontrem ou quando em sobrevôo de seu território”. De acordo com o art. 4.º, “Reputam-se praticados no Brasil os atos que, originados de aeronave considerada território estrangeiro, produzirem ou vierem a produzir efeitos ou quaisquer danos no território nacional. Parágrafo único — São cumulativamente do domínio das leis brasileiras e estrangeiras os atos originados de aeronave considerada território brasileiro, se as suas conseqüências atingirem território estrangeiro”.

As aeronaves são públicas ou privadas, explicando o Código do Ar que as primeiras (à parte as militares, que serão reguladas por lei especial) são as utilizadas pelo Estado a seu serviço, inclusive as requisitadas na forma da lei, considerando-se privadas “todas as demais” e equiparando-se a elas “as aeronaves públicas quando utilizadas em serviço de natureza comercial” (art. 14).

Aludindo às disposições do projeto de novo CP sobre território nacional por extensão, uma pequena nota deixada por NÉLSON HUNGRIA, assinala: “Como se vê, na extensão do território nacional para efeitos penais, o Projeto não inclui os edifícios das legações ou embaixadas. E outra não pode ser a solução, mesmo perante a lei penal vigente.

Os fatos criminosos de que se tornam culpados, na sede da legação ou embaixada, os indivíduos a quem não cobre o benefício das *imunidades diplomáticas*, incidem sob a jurisdição do Estado onde se ache a legação ou embaixada. Já em 1880, a Corte Suprema de Leipzig decidia que “a interpretação moderna da extraterritorialidade não se estende além do que é necessário para assegurar a inviolabilidade do enviado ou representante diplomático ou de sua comitiva”. A extraterritorialidade dos edifícios das legações ou embaixadas é uma *velharia* coetânea de GROTIUS. Foi ela escogitada para garantir a inviolabilidade, independência e dignidade dos agentes diplomáticos; mas, desde que as chamadas “imunidades diplomáticas” passaram a ter pleno reconhecimento no campo internacional (ainda que por atos praticados fora da embaixada ou legação), tornou-se inútil e insustentável a ficção de extraterritorialidade dos respectivos prédios. Conforme sentenciou a Corte de Justiça Internacional, na questão entre o Peru e a Colômbia, a propósito do “caso La Torre”, “no caso de asilo diplomático, o refugiado está dentro do Estado onde o crime foi cometido”.

Inteiramente despropositado foi o envio para Brasília, onde deveria ser julgado (!), de um cidadão cubano que, “asilado na Embaixada do Brasil em Havana, aí cometera um homicídio contra um seu patrício, também refugiado”.

Imunidades diplomáticas

27. No que concerne às imunidades diplomáticas, acha-se em vigor a Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, firmada em 18 de abril de 1961. Ela foi aprovada pelo Dec. Legislativo n.º 103, de 1964, e promulgada pelo D. 56.435, de 8 de junho de 1965 (DO 9/6/65). No preâmbulo da Convenção se diz que os privilégios e imunidades diplomáticas não têm por finalidade beneficiar indivíduos, mas, sim, garantir o eficaz desempenho das funções das Missões Diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados.

A Convenção declara que os locais da missão (edifícios, ou parte de edifícios e terrenos anexos, seja quem for o seu proprietário, utilizados para as finalidades da Missão, inclusive a residência do Chefe da Missão) são invioláveis. Os agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão (art. 22, 1). O Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da missão contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações à tranquilidade da missão ou ofensas à sua dignidade (art. 22, 2). Os locais da missão, seu mobiliário e demais bens nele situados, assim como os meios de transporte da missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução (art. 22, 3). Os arquivos e documentos da missão são invioláveis, em qualquer momento e onde quer que se encontrem (art. 24). O mesmo ocorre com a correspondência oficial da missão (toda correspondência concernente à Missão e suas funções). A mala diplomática não poderá ser aberta ou retida. Os volumes que constituam a mala diplomática deverão conter sinais exteriores visíveis que indiquem o seu caráter e só poderão conter documentos diplomáticos e objetos destinados a uso oficial (art. 27). A bagagem pessoal do agente diplomático não está sujeita a inspeção, salvo se existirem motivos sérios para crer que a mesma contém objetos não previstos nas isenções tributárias (objetos destinados ao uso oficial da missão e objetos destinados ao uso

pessoal do agente diplomático ou dos membros de sua família que com ele vivam, incluídos os bens destinados a sua instalação), ou objetos cuja importação ou exportação é proibida pela legislação do Estado acreditante, ou sujeitos aos seus regulamentos de quarentena. Nesse caso, a inspeção só poderá ser feita em presença do agente diplomático ou de seu representante autorizado (art. 36).

A pessoa do agente diplomático é inviolável. Não poderá ser objeto de nenhuma forma de detenção ou prisão (art. 29). For “agente diplomático” entende-se o Chefe da Missão e os membros do pessoal da missão que tiverem a qualidade de diplomata (art. 1.º, e). Os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão das mesmas imunidades, desde que sejam nacionais do Estado acreditante (art. 37, 1).

Os membros do pessoal administrativo e técnico da missão (membros do pessoal da missão empregados nos serviços administrativos e técnicos), assim como os membros de suas famílias que com eles convivam, desde que não sejam nacionais do Estado acreditante, nem nele tenham residência permanente, também gozarão das imunidades quanto a prisão e detenção (art. 37, 2). De maneira restrita, as imunidades também cobrem os membros do pessoal de serviço da missão (empregados no serviço doméstico) que não sejam nacionais do Estado acreditante nem nele tenham residência permanente, quanto aos atos praticados no exercício de suas funções (art. 37, 3).

O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha (art. 31, 2), tendo completa imunidade de jurisdição penal (art. 31, 1).

Toda pessoa que tenha direito a privilégios ou imunidades gozará dos mesmos a partir do momento em que entrar no território do Estado acreditante para assumir seu posto ou, no caso de já se encontrar no referido território, desde que a sua nomeação tenha sido notificada ao Ministério das Relações Exteriores (art. 39, 1). Quando terminarem as

funções de uma pessoa que goze de privilégios e imunidades, esses privilégios e imunidades cessarão normalmente no momento em que essa pessoa deixar o país ou quando transcorrido um prazo razoável que lhe tenha sido concedido para tal fim, mas perdurarão até esse momento, mesmo em caso de conflito armado (art. 39, 2). Em caso de falecimento de um membro da missão, os membros de sua família continuarão no gozo dos privilégios e imunidades a que têm direito, até a expiração de um prazo razoável que lhes permita deixar o Estado acreditante (art. 39, 3).

As imunidades diplomáticas são causas pessoais de exclusão de pena. O agente diplomático que retornar ao país onde cumpriu sua missão não pode ser processado. ³

28. *Agentes consulares* — Acha-se também em vigor no Brasil a Convenção de Viena sobre relações consulares, de 24 de abril de 1963, promulgada pelo D. 61.078, de 26 de julho de 1967 e aprovada pelo D. Leg. n.º 6, de 1967.

Salvo convenção em contrário, os agentes consulares são funcionários administrativos, e o princípio geral é o de que se submetem eles às leis penais dos países em que exercem suas funções. ⁴

Os locais consulares (edifícios ou parte de edifícios e terrenos anexos, que, qualquer que seja seu proprietário, sejam utilizados exclusivamente para as finalidades da repartição consular) são invioláveis. As autoridades do Estado receptor não poderão penetrar na parte dos locais consulares que a repartição consular utilizar exclusivamente para as necessidades de seu trabalho, a não ser com o consentimento do chefe da repartição consular, da pessoa por ele designada ou do chefe da missão diplomática do Estado que envia (artigo 31). Os arquivos e documentos consulares são sempre invioláveis (art. 33). A correspondência oficial da repartição consular é inviolável e a mala consular não poderá ser aberta

³ HELENO C. FRAGOSO, *Lições*, pg. n.º 112.

⁴ FREDERICO PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, 6.ª ed., I, 118.

ou retida. Todavia, se as autoridades competentes do Estado receptor tiverem razões sérias para acreditar que a mala contém algo além da correspondência, documentos ou objetos destinados exclusivamente a uso oficial, poderão pedir que a mala seja aberta em sua presença por representante autorizado do Estado que envia. Se o pedido for recusado, a mala será devolvida ao lugar de origem (art. 35, 3).

Tendo em vista a inviolabilidade da correspondência oficial, o STF já decidiu ser inadmissível ação penal por crime contra a honra praticado entre agentes consulares, em correspondência sobre objeto de serviço (RTJ 59/134).

Os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, se estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com ele e providenciar sua defesa perante os tribunais (art. 36, 1, c).

Os funcionários consulares não gozam de imunidades, mesmo quando pratiquem atos diplomáticos, nos casos em que o Estado que enviar não mantém missão diplomática, nem está representado por um terceiro Estado (art. 17, 1). Entende-se por *funcionários consulares* toda pessoa, inclusive o chefe da repartição consular, encarregada nessa qualidade do exercício de funções consulares (art. 1.º, 1, d). As funções consulares estão especificadas no art. 5.º da Convenção, e basicamente consistem em proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e o de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional.

Quando se instaurar processo penal contra um funcionário consular, este será obrigado a comparecer perante as autoridades competentes. Todavia, as diligências devem ser conduzidas com as deferências devidas à sua posição oficial e de maneira que perturbe o menos possível o exercício das funções consulares (art. 41, 3). A prisão preventiva só poderá ser decretada em caso de *crime grave* (art. 41, 1). Por crime grave, em nosso sistema de direito, devem ser considerados os que são punidos com a pena de reclusão. É perfeitamente possível a prisão em flagrante. Em caso de prisão de um mem-

bro do pessoal consular ou de instauração de processo penal contra o mesmo, o Estado receptor deverá notificar imediatamente o chefe da repartição consular. Se este último for o objeto de tais medidas, o Estado receptor levará o fato ao conhecimento do Estado que envia, por via diplomática (art. 42).

Os empregados consulares e membros do pessoal de serviço não poderão negar-se a depor como testemunha, salvo quanto a fatos relacionados com o exercício de suas funções. Todavia, se o funcionário consular recusar-se a prestar depoimento, nenhuma medida coercitiva ou qualquer outra sanção lhe pode ser aplicada. A autoridade que solicitar o depoimento deverá evitar que o funcionário consular seja perturbado no exercício de suas funções, podendo tomar o depoimento em seu domicílio ou na repartição consular, ou aceitar sua declaração por escrito, sempre que possível (art. 44).

Imunidades parlamentares

29. A vigente Constituição Federal, com a Emenda n.º 1, introduzida em 1969, reduziu enormemente as imunidades parlamentares. Trata-se de consequência da situação excepcional que o país atravessa, desde a edição do Ato Institucional n.º 5, e do processo de redução da independência e da autonomia do Poder Legislativo, que nitidamente se observa desde o aparecimento do Ato Institucional n.º 2, em 1965.

O art. 32 da Carta Magna dispõe: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, *salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.* § 1.º — Durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem, os Deputados e Senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime comum ou *perturbação da ordem pública.* § 2.º — Nos crimes comuns, os Deputados ou Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. § 3.º — A incorpo-

ração às forças armadas, de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva. § 4.º — As prerrogativas processuais dos Senadores e Deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, o convite judicial".⁵

30. A Constituição Federal de 1946, como outros documentos políticos liberais, previa duas espécies de imunidades: A primeira consistia num privilégio de natureza processual: os membros do Congresso Nacional não podiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara (art. 45). A segunda, de maior alcance, era privilégio de natureza substantiva: os Senadores e Deputados eram declarados *invioláveis*, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos (art. 44). Essa segunda espécie de imunidade constituía *causa pessoal de exclusão de pena*.

Se o privilégio de natureza processual tem sofrido críticas e restrições, em virtude de graves e inadmissíveis abusos, relacionados com delitos que nada têm a ver com o exercício do mandato, a inviolabilidade pela manifestação do pensamento, no desempenho das funções públicas, na tribuna de qualquer das casas do Congresso, é elementar ao regime representativo. Sempre se considerou essa inviolabilidade irrenunciável e inerente ao exercício do mandato.⁶

31. A Constituição vigente limitou a imunidade processual ao impedimento de prisão "durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem", com a ressalva da situação de flagrante delito e de outra, extre-

⁵ O anteprojeto HUNGRIA, inspirado em alguns códigos estrangeiros, continha disposição expressa sobre imunidades parlamentares: "Os Senadores e Deputados não são puníveis pelos votos, palavras ou opiniões que, nessa qualidade, emitirem nas Câmaras do Poder Legislativo" (art. 29). Cf. §§ 36 e 37 CP alemão.

⁶ Veja-se a página eloqüente de RUI BARBOSA, *Campanhas Jornalísticas, Obras Seletas*, 1957, VII, 167.

mamente equivocada, de “perturbação da ordem pública” (artigo 32, § 1.º, *in fine*).

No sistema de nossa lei, ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. Em caso de perturbação da ordem pública, provocada por Deputado ou Senador, pode a polícia intervir para manter ou restabelecer a ordem, mas não pode prender o congressista se este não houver praticado crime ou a contravenção prevista no art. 40 LCP.

32. No que tange às imunidades substantivas, a primeira parte do art. 32 CF declara que os Deputados e Senadores são *invioláveis* no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. A segunda parte desse artigo, no entanto, *esvazia* a proclamada inviolabilidade, excluindo-a nos casos de crime contra a honra e contra a segurança nacional.

Pode o intérprete contentar-se com mera interpretação literal, que retiraria às imunidades todo o sentido e alcance, limitando-as, em desacordo com sua destinação histórica, a raros casos de manifestação do pensamento punível. Este seria o caminho mais cômodo.

A liberdade de manifestação do pensamento possui limites jurídicos que surgem através da incriminação de certos comportamentos que atingem bens ou interesses de particular relevo. Os limites jurídicos à liberdade de manifestação do pensamento, na perspectiva que aqui nos interessa, são os que surgem através da incriminação das ofensas à honra (como crime comum, de imprensa ou político); da propaganda e da instigação sediciosas e da apologia de crime e da instigação ao crime como delitos comuns ou de imprensa. É inadmissível que a Constituição tivesse pretendido reduzir as imunidades a estas duas últimas categorias de delitos, pois isto significaria anular a proclamada inviolabilidade. O sentido do texto constitucional não pode, evidentemente, ser este. As imunidades, no que tange aos crimes contra a honra, podem sofrer limitações (como ocorre com o vigente direito

alemão), mas não podem ser eliminadas, sob pena de restringir-se de forma intolerável a função crítica e fiscalizadora que compete ao Congresso.

A imunidade deve subsistir como princípio geral e incontroverso em todas as matérias *políticas* que são, sob este aspecto, *matérias privilegiadas*. A distinção entre “matérias privilegiadas” e “matérias não privilegiadas”, no que tange à liberdade de manifestação do pensamento, é oriunda do direito constitucional italiano.⁷ Matérias privilegiadas seriam as de natureza política, religiosa, científica e artística, pois nestas, como diz DELITALA, “*l'esigenza di libertà appare storicamente e razionalmente connaturata*”.⁸

A nosso ver, a matéria política é necessariamente privilegiada, para os efeitos da inviolabilidade de Deputados e Senadores, por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato. E isso, não só porque a atividade própria do parlamentar é a atividade política, mas também porque, como diz NUVOLONE, é nesse terreno que “*storicamente più frequente e preoccupante si è manifestato l'arbitrio*”.⁹

Parece-nos, em conseqüência, que a ressalva do texto constitucional, para não o anular, deve referir-se exclusivamente àquelas manifestações do pensamento que realize o Deputado ou Senador, estranhas à matéria política que constitui, por assim dizer, o desempenho normal de suas funções e a realização de seu ofício.

33. As imunidades parlamentares, evidentemente não se estendem ao co-réu. Não perde as imunidades o Deputado ou Senador que esteja desempenhando as funções de minis-

⁷ FOIS, *Principi costituzionale e libera manifestazione del pensiero*, 1957, 45 s.

⁸ DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Justitia*, 1959, 385. Cf., ainda, os trabalhos de ZUCCALÀ, *Personalità dello stato, ordine pubblico e tutela del pensiero*, e CAMPISI, *Libera manifestazione del pensiero e delitti previsti dagli art. 290, 291 e 292 CP*, no volume *Legge Penale e Libertà del Pensiero*, 1966, 77, 329.

⁹ NUVOLONE, *Il Diritto Penale della Stampa*, Pádua, Cedam, 1971, 50.

tro de Estado (RTJ 24/355). O STF já decidiu que o art. 32 CF independe de regulamentação e que, a partir da Emenda n.º 1, o processo contra Senador ou Deputado federal deixou de condicionar-se à licença prévia.¹⁰

Extraterritorialidade

34. A todo Estado corresponde a competência para fixar os limites da aplicação e da vigência de suas leis, desde que não atinja a soberania de outros Estados. Em princípio a lei brasileira se aplica a fatos delituosos praticados no território nacional ou que aí devessem produzir resultados. Atendendo, no entanto, à necessidade de proteger e tutelar especialmente certos bens e interesses, bem como às exigências de cooperação internacional na repressão de certos crimes, e, ainda, ao princípio segundo o qual não se concede a extradição de nacionais, o CP estabelece a aplicação da lei penal brasileira, no país, a fatos delituosos ocorridos no estrangeiro. São os casos de *extraterritorialidade*.

A aplicação da lei brasileira, em tais casos, obedece a um duplo critério: nas hipóteses previstas no art. 5.º, I CP (crimes contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município; contra o patrimônio federal, estadual ou municipal; contra a administração pública, por quem está a seu serviço) a aplicação da lei nacional independe de qualquer condição, sendo o agente punido segundo a lei brasileira, qualquer que seja a sua nacionalidade, esteja, ou não, no território nacional e ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro (art. 5.º § 1.º CP). Prevalece aqui o chamado *princípio da defesa*.

Nos casos previstos no art. 5.º II CP (crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir e crimes praticados por brasileiro) e nos casos de crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil, a aplicação da lei brasileira está subordinada às condições previstas no arti-

¹⁰ HC 51.161, DJ 9-11-73, 8.484.

go 5.º, § 2.º, que devem ocorrer *em conjunto*. No caso de crime contra brasileiro, devem, ademais, verificar-se as condições das letras *a* e *b* do art. 5.º § 3.º (não ter sido pedida ou ter sido negada a extradição, e requisição do Ministro da Justiça).

35. Esse sistema foi basicamente mantido pelo CP de 1969, com algumas alterações. O que se contém nas letras *b* e *c* do art. 5.º I CP vigente, aparece em fórmula mais ampla: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora praticados no estrangeiro, os crimes... contra o patrimônio ou a fé pública da União, de Estado, de território, de Município, do Distrito Federal, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público” (artigo 8.º I *b*).

Entende-se por *empresa pública* “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de administração indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito” (art. 5.º, II DL. 200).

Por *sociedade de economia mista* entende-se “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito ou voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta (art. 5.º, III DL. 200).

36. O CP de 1969 acrescentou aos casos de aplicação incondicionada da lei penal brasileira o dos crimes de genocídio, “quando o agente é brasileiro ou domiciliado no Brasil” (art. 8.º, I, *d*).

É duvidosa a conveniência de incluir nessa cláusula também os estrangeiros, pois difícil é sempre o processo penal

por fato ocorrido no exterior.¹¹ A Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, celebrada pela ONU em 1948, proclama que o crime de genocídio não é considerado político para os efeitos da extradição (art. VII).

37. O CP de 1969 previu novo caso de aplicação condicionada da lei penal brasileira a fato punível praticado no estrangeiro: o dos crimes praticados em aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não tenham sido julgados (artigo 8.º, II c). Tal dispositivo foi introduzido pela comissão revisora ministerial, por indicação do autor. A nova regra foi inspirada no projeto SOLER (art. 1.º 4), tendo sido adotada pelo CP Tipo para a América Latina (art. 3.º, 1).¹²

Trata-se de cobrir uma lacuna na lei atual, prevendo a hipótese de crime cometido a bordo de aeronave em vôo sobre território estrangeiro ou a bordo de navio mercante ou de propriedade privada, em águas territoriais estrangeiras, nas situações em que o fato não seja submetido às autoridades do país em que o crime se consumou.

Imaginemos a hipótese de homicídio praticado por cidadão estrangeiro contra cidadão estrangeiro, a bordo de avião brasileiro em vôo de Santiago para São Paulo, sem escalas, no momento em que a aeronave sobrevôa território argentino. Ou o caso de crime cometido a bordo de navio brasileiro que se acha nos limites das águas territoriais de país estrangeiro, prosseguindo viagem para o Brasil. Perante o CP vigente inaplicável é a lei brasileira em tais casos.

Para JIMENEZ DE ASÚA, a nova regra introduzida no CP de 1969 constitui caso característico de *representação*, pois o país a que pertence o navio ou a aeronave atua repre-

¹¹ O art. 8.º I de CP de 1969 tornaria impossível a extradição do nazista Stangl, que teria de ser processado no Brasil.

¹² A matéria foi debatida e aprovada pela Comissão Redatora do CP Tipo para a América Latina, em sua reunião de Santiago do Chile, em 1963, por proposta do prof. SOLER, apoiada pelo autor. Cf. *Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte General*, Tomo II, vol. I, Editorial Jurídica de Chile, 1973, 41, 43.

sentando o país onde o crime se consumou e que normalmente não teria interesse na perseguição e punição do criminoso.¹³

Eficácia de sentença estrangeira

38. O direito penal moderno evolui no sentido de ampliar os efeitos da sentença penal estrangeira, permitindo-se, em nome de mais ampla cooperação internacional na repressão da criminalidade, a execução por um Estado, da sentença imposta por outro, inclusive o cumprimento das condições impostas para a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional. A matéria foi objeto do IX Congresso Internacional de Direito Penal, realizado na Haia, em 1964, sendo relator o professor H. H. JESCHECK, estabelecendo-se recomendações minuciosas.¹⁴ O 2.º Congresso Internacional de Magistrados, realizado também na Haia, em 1963, igualmente se ocupou extensamente do tema.¹⁵ O Conselho da Europa elaborou em 1971 projeto de convenção sobre a transferência do processo em matéria criminal, com soluções flexíveis.¹⁶

39. Nossa legislação permanece fiel ao princípio de que a execução da sentença é ato de soberania, de modo que, somente após sua homologação pelos tribunais brasileiros pode a sentença estrangeira produzir efeitos *limitados*.

O CP de 1969 (art. 10, II) ampliando a fórmula já usada na legislação vigente, permite a homologação da sentença estrangeira para sujeitar o condenado a medidas de segu-

¹³ A opinião de Asúa foi exposta na já citada reunião da Santiago do Chile. Veja-se a obra citada na nota anterior, p. 44.

¹⁴ Cf. *Neuvième Congrès International de Droit Pénal, Actes*, La Haye, 1964, 484 s. As conclusões do Congresso estão publicadas na RBCDP n.º 7, 123 (1964).

¹⁵ Vejam-se os trabalhos de F. DUMON, DE MATTIA, H. GRÜTZNER, OSCAR TENÓRIO e J. L. ROPERS, in RBCDP n.º 6, 115 s. (1964).

¹⁶ JESCHECK, *Lehrbuch*, § 18, I, 5.

rança de *qualquer espécie* (o CP atual refere-se apenas às medidas de segurança *pessoais*). Por outro lado, o novo código expressamente refere que a homologação pode ser feita para reconhecer o condenado como reincidente ou criminoso habitual (art. 10, III). A nosso ver, a homologação neste último caso é desnecessária, pois a sentença estrangeira, considerada como mero *fato jurídico*, é bastante para fixar a reincidência internacional, e a habitualidade.¹⁷ O mesmo efeito tem ela para impedir a suspensão condicional da pena (art. 57, I CP), e para condicionar a extraterritorialidade da lei penal brasileira (art. 5.º § 2.º, *d* e *c* CP). Como ensina FREDERICO MARQUES, “a sentença penal, da mesma forma que a civil, só necessita de homologação se der causa à instauração de juízo executório”.

O CP vigente subordina a homologação da sentença estrangeira, no caso do art. 7.º, II (sujeitar o condenado às penas acessórias e medidas de segurança pessoais), à “existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça” (art. 7.º parágrafo único, *b* CP). O novo diploma, dispensando tais formalidades, limita-se a indicar que a homologação depende de requerimento do Ministério Público (art. 10, parágrafo único).

Extradição

40. A extradição está hoje disciplinada pelo DL 941, de 13 de outubro de 1969, que revogou o DL 394, de 1938. Anteriormente a este vigorou em nosso direito a L. 2.416, de 28 de junho de 1919, que permitia, na base da reciprocidade, a extradição de nacionais, proibida desde a Constituição Federal de 1934. O DL 941 está regulamentado pelo D. 66.689, de 11 de junho de 1970 (publicado no DO de 24 de junho

¹⁷ FRAGOSO, *Lições*, PG n.º 115, FREDERICO MARQUES, *Tratado*, I, 299; ROBERTO LYRA, *Comentários*, II, 291.

de 1970 e retificado nos de 26 de junho e 4 de setembro do mesmo ano).

Compete ao STF decidir sobre a extradição requisitada por Estado estrangeiro (art. 119, I, *g* CF), não havendo recurso de seu pronunciamento. Ela depende da existência de tratado ou convenção firmado com o Brasil, ou, em sua falta, do oferecimento da reciprocidade de tratamento (artigo 87 DL 941). A reciprocidade é fonte reconhecida do direito de extradição, que o STF proclamou reiteradamente no regime da lei anterior. Como é óbvio, da promessa de reciprocidade resulta obrigação apenas para o Estado requerente, não para o requerido.

A tendência atual do direito nessa matéria é no sentido de excluir qualquer exigência de compromissos, que significam limitação inteiramente descabida à cooperação internacional no combate à criminalidade.¹⁸ O DL 394 só se referia à reciprocidade no art. 9.º para o pedido de prisão preventiva, em casos de urgência. Podia e devia ser interpretado no sentido de excluir a promessa de reciprocidade das condições positivas que estabelecia para conceder a extradição.¹⁹ A lei vigente decidiu expressamente a matéria exigindo, pelo menos, a promessa de reciprocidade (que deve acompanhar, inclusive, na falta de tratado ou convenção, o pedido de prisão preventiva do extraditando, em caso de urgência).

A extradição deve ser solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente de governo a governo, devendo o pedido ser acompanhado de cópia ou traslado autêntico da sentença condenatória, ou das decisões de pronúncia ou prisão preventiva,

¹⁸ EDUARDO NOVOA MONREAL, *Los problemas actuales de la extradición*, *Rev. Ciencias Penales*, Jan.-Abril 1967, 9.

¹⁹ Nesse sentido pronunciou-se o prof. HAROLDO VALLADÃO, como Procurador-Geral da República, no famoso caso de extradição do nazista Stangl. Veja-se seu parecer na RBCDP n.º 17, 95 (1967).

proferidas por juiz ou autoridade competente.²⁰ Deste documento ou de outros que se juntarem deverão constar indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando e ainda cópia dos textos legais sobre o crime e a pena e sua prescrição (art. 91). O encaminhamento do pedido por via diplomática confere autenticidade aos documentos apresentados.

41. Subordina a lei a concessão da extradição a uma série de condições positivas e negativas, que se relacionam com a pessoa do extraditando; com o fato imputado ao mesmo; com o processo e o foro e com a punibilidade do fato.

Quanto ao extraditando: deve ser estrangeiro. Em nenhum caso se concede a extradição de brasileiro (art. 153 § 19 CF). Se se tratar de brasileiro *naturalizado* pode a extradição ser concedida se a aquisição da nacionalidade se verificar *após o fato determinante do pedido* (art. 88, I DL 941). Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou a de ter filho brasileiro (*Súmula* 421).

Quanto ao fato imputado ao extraditando: (a) — deve ele constituir *crime* (não mera contravenção), pela lei brasileira e pela lei do Estado requerente; (b) — deve tratar-se de ilícito punível com pena igual ou superior a um ano; (c) — deve ter sido o crime praticado no território do Estado requerente, ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, art. 89, I; (d) — deve o crime ser *comum* e não político.

Crimes políticos são os que atentam contra a existência do Estado, a integridade de seu território, a sua unidade e

²⁰ O simples *mandado de condução* (ordem de detenção para conduzir o indivíduo à presença da autoridade judiciária) não basta. Cf. arts. 89, II e 91 DL 941.

a sua independência (crimes contra a *segurança externa*). São também crimes desta natureza os que atentam contra o sistema político vigente, ou seja, contra as bases políticas e econômicas da constituição social, procurando-se atingir a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado (crimes contra a *segurança interna*).²¹ Nessa categoria de crimes integram-se também os que atingem os direitos políticos dos cidadãos (crimes eleitorais).

São crimes políticos *relativos* os crimes comuns determinados, no todo ou em parte, por motivos políticos. *Conexos* aos crimes políticos são os crimes comuns relacionados, em sua execução ou motivação, com os crimes políticos.

Do privilégio outorgado aos crimes políticos, em matéria de extradição, excluiu-se, com a lei belga de 1856, o *atentado* ao Chefe de Estado ou a membros de sua família.²²

Nossa lei vigente, com referência aos crimes políticos *relativos*, seguiu o critério da *prevalência* (concede-se a extradição quando o crime comum constitui o fato principal). É o que dispõe o art. 88 § 1.º DL 941: a alegação de ser o crime político “não impedirá a extradição, quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal”.

Na primeira parte do art. 88 § 3.º acolhe-se a cláusula do atentado, conferindo-se, porém, poder discricionário ao tribunal: “O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade...”

²¹ Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.* n.º 29.

²² “*Ne sera pas réputé délit politique, ni fait connexe à un semblable délit, l’attentat contre la personne du chef d’un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait soit de meurtre, soit d’assassinat, soit d’empoisonnement*”.

E acrescenta-se, na parte final: “assim como os atos de anarquismo, terrorismo ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social”.

Essa última parte do dispositivo é inconstitucional. Em nenhum caso pode o STF conceder extradição por fatos que constituam propaganda de guerra ou subversiva, que seriam *crimes de opinião*, cuja extradição é vedada pela Lei Magna (art. 153 § 19).²³

Crimes de opinião são todos os que representam abuso na liberdade de manifestação do pensamento (através da palavra escrita ou falada).

O caráter da infração deve ser apreciado pelo STF (artigo 88 § 2.º). A qualificação do crime como político incumbe sempre ao país ao qual a extradição é pedida, e não ao que a pede.

Quanto ao processo e ao foro: (a) — não se concede a extradição quando o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; (b) — também não se concede a extradição quando o extraditando estiver sendo processado ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; (c) — não se concede, ainda, a extradição, quando o extraditando tiver de responder, no país requerente, perante tribunal ou juízo de exceção (art. 88, VIII).

Quanto à punibilidade do fato: não se concede a extradição quando estiver extinta a punibilidade pela prescrição,

²³ A Convenção de Caracas (1954) sobre o asilo territorial, ratificada pelo Congresso Nacional pelo D. Legislativo n.º 34, de 1964, em seu art. 4.º, dispõe: “A extradição não se aplica, quando se trata de pessoas que, segundo a classificação do Estado suplicado, sejam perseguidas por delitos políticos ou delitos comuns cometidos com fins políticos, nem quando a extradição for solicitada obedecendo a motivos predominantemente políticos”.

segundo a lei do Estado requerente ou a brasileira (artigo 88, VI).

42. Pela *regra da especialidade* não pode a pessoa extraditada ser submetida a julgamento por fato diverso do que motivou a extradição. Procura-se assim evitar fraude nas condições em que a extradição é concedida.

Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. Se os atos forem diversos, o direito de preferência se estabelece pelos seguintes critérios, a serem observados sucessivamente. Tem preferência: 1. O Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave segundo a lei brasileira; 2. O que em primeiro lugar houver solicitado a entrega, sendo igual a gravidade do crime; 3. O Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos. Se nenhum desses critérios for utilizável, a preferência fica à discricção do governo brasileiro, ou seja, do Poder Executivo.²⁴

43. A *prisão preventiva* do extraditando pode ser imposta pelo Ministro da Justiça, em caso de urgência, mediante requisição hábil, feita por qualquer meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente (art. 93 DL 941). A requisição indicará qual o crime cometido e fundar-se-á em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão, ou, ainda, fuga do indiciado.

²⁴ Sobre a aplicação das regras sobre preferência no regime da lei anterior, veja-se a decisão proferida na extradição de Stangl, em que foram considerados minuciosamente diversos aspectos de nosso direito então vigente nessa matéria. RTJ 43/168. Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.* n.º 219.

A prisão preventiva não pode durar mais de 90 dias, prazo no qual o Estado requerente tem de apresentar o pedido formal de extradição, devidamente instruído.²⁵

Apresentado o pedido formal de extradição, o extraditando será preso e assim permanecerá até decisão final do requerimento, não sendo admitida a liberdade vigiada (artigo 95 § 1.º).

44. Concedida a extradição, não se efetivará sem que o Estado requerente assuma o compromisso: 1. de não ser o extraditando preso, nem processado, por outros fatos anteriores ao pedido de extradição; 2. de comutar o tempo de prisão no Brasil como de prisão preventiva quando este deva ser contado; 3. de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação. 4. de não ser o extraditando entregue a outro Estado, que o reclame, sem consentimento do Brasil; 5. de não considerar fim ou motivo político para agravar a pena (art. 98).

Asilo

45. Não obstante o que dispõe a Declaração Universal dos Direitos do Homem,²⁶ o asilo não constitui, para o perseguido, um *direito*. O Estado ao qual o asilo é solicitado é que tem o direito, ou a faculdade, de concedê-lo, ou não. O art. 1.º da já mencionada Convenção de Caracas dispõe que todo Estado tem direito, no exercício de sua soberania, de admitir dentro do seu território as pessoas que julgar conveniente, sem que, pelo exercício desse direito, nenhum outro Estado possa fazer qualquer reclamação. Nenhum Estado é

²⁵ A competência para o julgamento de *habeas corpus* em que se questione a legalidade do ato ministerial é do STF, tendo-se em vista que a impetração se vincula a pedido de extradição que ao Supremo Tribunal compete processar e julgar. Cf. RTJ 71/349.

²⁶ Art. 13: "Em caso de perseguição, toda pessoa tem direito de procurar asilo e dele se beneficiar, não importa em que país".

obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos (art. 3.º). O direito de asilo não se prejudica pelo fato de ingresso de uma pessoa na jurisdição territorial de um Estado se ter efetuado clandestina ou irregularmente (art. 5.º).²⁷

²⁷ O art. 112 DL 941 estabelece: "Enquanto não caracterizadas as condições que justifiquem a concessão do asilo, o estrangeiro poderá ser mantido em prisão especial, por determinação do Ministro da Justiça, pelo prazo máximo de 90 dias. § único — Se as condições alegadas para o asilo não ficarem caracterizadas, o estrangeiro será considerado clandestino e ficará sujeito às sanções cabíveis". As sanções a que alude a lei consistem em *deportação*. Solicitar asilo ao Brasil, como se vê, constitui grave risco de ser preso e mandado de volta ao país de origem. Veja-se, porém, o art. 169 DL 941. Bibliografia sobre asilo: NÉLSON HUNGRIA, *O Asilo Político*, no presente volume, apêndice; L. J. BLOM COOPER, *Le Droit d'asile, Revue de la Commission Internationale de Juristes*, Été 1964; L. JIMENEZ DE ASÚA, *Historia del "derecho" de asilo*, La Ley, tomo 53, 824; LEOPOLDO BRAGA, *Direito de Asilo, Revista de Direito (MP-GB)*, n.º 9, 15; D. FOWLER, *The Developing Jurisdiction of the UN High Commissioner for Refugees, Revue des Droits de l'Homme*, VII (1), 1974; M. CHERIF BASSIOUNI, *International Extradiction and World Public Order*, Leyden, Sijthoff, 1974; *Legal Aspects of the problem of asylum*, Anais das Conferências da International Law Association, 52.ª Conferência (Helsinki, 1966), 721; 53.ª Conferência (Buenos Aires, 1968), 248; 55.ª Conferência (Nova York, 1972), 345; SADDRUDIN AGA KAHN, *Le Droit d'asile et l'art. 14 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, tomo VIII n.º 2 (1968); RICHARD LANGE, *Grundfragen des Auslieferungs und Asylrechts*, Karlsruhe, Mueller, 1953.

ARTIGOS 8.º a 10

Contagem de prazo

46. O CP de 1969 (art. 11) reproduziu a regra do art. 8.º CP: “No cômputo dos prazos inclui-se o dia do começo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

Frações não computáveis na pena

47. Adotando melhor técnica, a comissão revisora do anteprojeto HUNGRIA deslocou para o setor da aplicação da pena a regra do art. 9.º CP. Ela aparece no CP de 1969 no art. 54: “Desprezam-se, na pena privativa de liberdade, as frações de dia e, na multa, as frações de Cr\$ 1,00”.

Legislação especial

48. Como ensina HUNGRIA, é direito penal *fundamental* o que se contém no código. Direito penal *complementar* é o que aparece nas leis não codificadas. A este último aplicam-se as regras do CP, salvo quando dispuserem diversamente.

Em relação aos crimes previstos na lei de segurança nacional, o STM entendeu que, deveria ser aplicado subsidiariamente o CP Militar, e não o CP comum. O equívoco era evidente: O CPM constitui direito penal *especial*. A legislação penal subsidiária, por força do disposto na regra do art. 10, é o CP comum. Nesse sentido pronunciou-se o STF (RTJ 76/682).

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

APÊNDICE

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

NOVAS TEORIAS E DIRETRIZES DO DIREITO PENAL

SUMÁRIO: *Defesa social. Escolas francesa e italiana. Recuperação social do criminoso. Finalidade da pena. Medida de segurança. Pena indeterminada. O anteprojeto do Cód. Penal. Estabelecimento penal aberto. Conclusão.*

Novas teorias em torno do problema da delinquência estão postulando, mais que uma simples reforma, a abolição do direito penal tradicional, cujos princípios deveriam ser radicalmente substituídos por outros que melhor assegurem a defesa social.

C novo lema assim apregoa: não mais “direito penal”, não mais “direito de punir”, mas “direito de defesa social” ou “contra a anti-sociabilidade”.

Enquanto a escola francesa de “defesa social”, chefiada por MARC ANCEL, se orienta no sentido de um entrosamento gradativo dos critérios do “neodefensismo” com as normas do direito penal tradicional, já o mesmo não acontece com a escola italiana, sob a mesma denominação, dirigida por FILIPPO GRAMMATICA, segundo a qual o direito penal tradicional deve ser relegado para museu, cedendo o lugar ao “direito-dever de defesa social”, não por meio de punição, mas exclusivamente por meio da recuperação do indivíduo socialmente rebelde ou indisciplinado.

Com uma firmeza e concatenação de princípios que ultrapassam as da chamada “escola positiva”, a corrente italiana do neodefensismo proclama que se deve ter em conta, não o fato de infringir a lei social, mas o agente, o “homem”, o violador do *modus vivendi* da coletividade, como pessoa humana, a ser perquirida e avaliada em sua totalidade, para averiguar se se trata, ou não, de indivíduo anti-social.

Não mais *responsabilidade ou culpabilidade penal*, com ou sem base na imputabilidade moral ou psíquica, mas a demonstração da existência, *in concreto*, de sociabilidade ou anti-sociabilidade, de cunho eminentemente subjetivo, como um conceito de síntese. Não mais a preocupação com a tutela de bens jurídicos, mas a readaptação social, o “melhoramento” do indivíduo-agente. Não mais “crimes”, mas “índices de maior ou menor anti-sociabilidade”. Não mais *pena*, mas *medidas de defesa social*, preventivas, educativas ou curativas, adequadas a cada pessoa. Não mais *repressão ou castigo*, mas *ressocialização, reclassificação social* dos transviados ou anti-sociais.

A nova escola de defesa social tem o sentido ou representa uma superação do positivismo ferriano, pois este, ao contrário daquela, não pleiteia uma reforma radical e sistemática, continuando apegado ao critério de *responsabilidade*, embora dizendo-a *social* ou *legal*, para imprimir-lhe caráter chocantemente objetivo (o indivíduo é responsável porque e enquanto vive em sociedade) e, assim, exasperando o fundamento da atribuição do fato anti-social ao indivíduo.

Diversamente do positivismo, a nova doutrina da defesa social não nega a responsabilidade moral, nem conseqüentemente o livre arbítrio ou o libertismo da vontade, mas faz deles total abstração.

O positivismo conserva a noção de “crime”, insistindo em falar de “delinqüentes” e classificando-os em categorias mais ou menos empíricas, enquanto o neodefensismo não conhece “crimes”, senão fatos indicativos de anti-sociabilidade de seu autor, e não cuida de *delinqüentes* ou *não-delinqüentes*, senão de indivíduos sociais ou anti-sociais.

Na sua tomada de posição, o neodefensismo não se confunde com a *defesa social* inspiradora das teorias utilitaristas, pois constituiria um complexo de normas e práticas tendentes, não ao resguardo de bens ou interesses jurídicos contra a lesão ou perigo de lesão por parte do indivíduo, mas a prevenir e eliminar, no indivíduo, as causas de anti-sociabilidade. Seu fim único é a defesa da sociedade por meio da *socialização* do indivíduo, a harmonização da vida do indi-

víduo com a vida da sociedade. É a proteção da sociedade por meio da proteção do indivíduo, com medidas pedagógicas, emendativas ou curativas, segundo a natureza de cada caso.

Com o radicalismo da diretriz de FILIPPO GRAMMATICA e seus adeptos não se compadece a escola francesa. Entende esta que deve ser gradativa a acomodação do direito penal tradicional aos princípios da defesa social, salvo os que permitam aplicação imediata sem maior contraste com o atual *jus positum*. Também a escola francesa propunha o princípio de que o fim precípua da pena é a ressocialização do delinqüente, devendo desaparecer o dualismo de pena e medida de segurança. Em todos os aspectos da pena, devem prevalecer os direitos da pessoa humana. O que se faz mister é um movimento de política criminal humanista.

Como diz HERZOG, a defesa social, sob o novo prisma, é a “tendência para a humanização do direito penal”. O neo-defensismo, segundo a diretriz moderna, propõe-se uma ação sistemática de *socialização* dos delinqüentes, mas entende que será isso possível sem desarticulação total do direito punitivo tradicional. Desde que os institutos e normas jurídico-penais se orientem essencialmente, tanto do ponto de vista substantivo quanto do processual ou adjetivo, no sentido da recuperação moral e social do indivíduo criminoso, não há necessidade imediata de subverter *ab imis fundamentis* a armação atual do direito penal.

Foi dentro desse ponto de vista que o 1.º Congresso de Defesa Social, realizado em 1954, aprovou o seguinte voto: “As decisões judiciais devem ser proferidas e executadas tendo em conta, principalmente, a personalidade do criminoso e tenderem, por medidas científicas e individualizadas, para a adaptação social do indivíduo”.

A moderação da escola francesa está muito mais próxima de praticabilidade atual do que o radicalismo da escola italiana. Pode mesmo dizer-se que ela é um reflexo das tendências mais recentes do direito penal.

Como de outra feita já acentuamos, o direito penal passa atualmente por uma fase de revisão de critérios, a começar pelo que diz respeito à tradicional pena-retribuição, que, na

ortodoxia de seus princípios, está caindo em franco descrédito. Ao invés da pena limitada ao seu sentido etimológico, ou da pena-castigo, como retribuição do mal pelo mal ou contragolpe do crime, ou como exclusivo mandamento de justiça, ou como imperativo categórico, ou com fundamento em transcendentais razões filosóficas, o que presentemente se preconiza é a pena como meio e instrumento de utilidade social, atendendo, acima de tudo, ao fim prático de tentar, na medida do possível, a reclassificação social do delinqüente, pelos meios educativos ou ortopsíquicos indicados pela experiência.

A recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o preponderante, o precípua escopo da pena. Não mais, entre as paredes do cárcere, o drama de sofrimento de um culpado, por antecipação do Inferno, mas o edificante espetáculo de resgate e salvação de um ser humano.

Quando no Congresso Internacional de Direito Penal de Roma, em 1953, BIAGIO PETROCELLI, autor principal do malogrado projeto de novo Cód. Penal para a Itália, de 1949, afirmou que “a pena é uma superior exigência do espírito, cuja atuação deve, se necessário, pairar acima de todas as exigências práticas”, suas palavras ecoaram como se viessem do fundo de uma época já inteiramente superada e esquecida. O versículo do novo credo adquire ressonância cada vez mais extensa.

O Cód. Penal suíço, no seu art. 37, já preceitua, de modo expresso, que as penas privativas de liberdade “devem ser executadas de modo a exercer sobre o condenado uma ação educadora e a prepará-lo para a vida livre”.

O Código soviético, da mesma forma, atribui à pena a finalidade de “corrigir e reeducar o criminoso no espírito da honrosa adaptação ao trabalho e no respeito às normas da vida coletiva”.

A vigente Constituição da Itália — país vanguardeiro no estudo da ciência penal — inclui entre as suas disposições a seguinte: “As penas não podem constituir em modos de tratamento contrários ao sentimento de humanidade e devem visar à reeducação do condenado”.

O art. 10 da Declaração de Direitos da Constituição francesa, de 1946, declara: “As penas privativas de liberdade devem tender à reeducação do culpado”.

O Código tchecoslovaco, de 1950, entre os fins da pena ressalta o de “educar o condenado durante sua execução e ressocializá-lo, para convertê-lo em um membro da comunidade, como os demais”. No mesmo sentido, os Códigos da Bulgária e da Iugoslávia, ambos de 1951.

O Regulamento das Prisões da Espanha, de 1956, estabelece que as sanções penais devem ter por fim “uma ação reformatória, na conformidade dos princípios e orientações da ciência penitenciária”.

Também a nossa lei n.º 3.274, de 1957, que veio formular normas gerais sobre o regime penitenciário, dá especial relevo ao princípio de que a pena, ajustada à personalidade do delinqüente, deve constituir um “regime de educação moral, intelectual, física e profissional”.

O mais recente projeto de novo Código Penal argentino, de autoria de SEBASTIAN SOLER, repete o preceito do Código helvético: a pena deve ser executada como medida pedagógica, preparando o criminoso, gradualmente, para o retorno à vida livre. E assim por diante.

De tal sorte se vem acentuando, quer na doutrina, ou nos “votos” de Congressos Internacionais ou nos projetos de reforma jurídico-penal, quer, correspondentemente, no próprio direito positivo, ao adotar novos métodos no âmbito da execução penal, o critério de que a privação de liberdade, como sanção contra o delinqüente, não é um fim em si mesma, não devendo ser aplicada *quia peccatum*, senão, principalmente, *ne peccetur* (isso é, devendo ser aproveitada para o afeiçoamento do condenado à vida social mediante processo de educação ativa), que se chega, afinal, à conclusão de que já não há mais distinguir entre pena e medida de segurança, dada a intercorrente identidade dos meios práticos utilizados por uma e outra.

O estabelecimento prisional, nos seus modernos moldes, tende a assimilar, inteiramente, o *modus exequendi* da medida de segurança detentiva.

Explica-se, dessarte, que nos mais recentes Congressos penais, no plano internacional, venha sendo debatida largamente a tese relativa à supressão do sistema de *dúpla via* ou de *dois trilhos* (*doppio binario, dual track, Zweispurigkeit*), isto é, da aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, a ser substituído por um tratamento unitário.

No já citado Congresso de Roma, de 1953, teria triunfado a tese de unificação integral das duas sanções, e sob a epígrafe exclusiva de “medida de segurança”, se FILIPPO GRISPIGNI, o saudoso professor da Universidade romana, que sempre evoluiu entre a escola positiva e a escola neoclássica, não tivesse proposto, como relator do tema, uma fórmula conciliatória ou transacional: não mais o sistema de aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, ou vice-versa, mas o sistema alternativo, ficando ao esclarecido e prudente arbítrio do juiz, em cada caso, aplicar, ou somente a pena, ou somente a medida de segurança.

A respeito do assunto, já tive oportunidade de me pronunciar, sem vacilações, nas internacionais “Jornadas Penais”, de Buenos Aires, em agosto de 1960. Salvo o caso excepcional de necessidades de tratamento curativo, isto é, no caso dos enfermos mentais ou dos semi-imputáveis de fundo mórbido, em que se não poderá prescindir da medida de segurança, que é o manicômio judiciário ou o “anexo” psiquiátrico, sou 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 de responsabilidade psíquica e a concepção finalística da pena.

A adoção da medida de segurança como sanção única apresentaria sério inconveniente. Conceitualmente subordinada, na sua aplicação, ao estado de periculosidade ou anti-sociabilidade do delinqüente, não poderia abranger os criminosos de ocasião, episódicos ou de emergência, os passionais autênticos, os políticos, ou simplesmente culposos, ou autores de crimes meramente convencionais, os normais em geral (cuja existência os próprios positivistas ou defensistas não negam), que não apresentam deformada personalidade ou in-

timidade psíquica, ou ineducação social, de modo que, em relação a essas categorias, desapareceria a incontestável e imprescindível função intimidativa ou de prevenção geral da pena. Se apenas fossem atingíveis os perigosos ou anti-sociais, aos que não o fossem, isto é, aos não-perigosos ou não-anti-sociais, se forneceria um prévio salvo-conduto para a prática de crimes, — o que seria um rematado despropósito.

Sou dos que entendem que a pena, na sua função teleológica, não pode ficar confinada dentro de um princípio monolítico ou exclusivo. Seu escopo é pluridimensional. Não somente *retribuição* (*malum passionis ob malum actionis*), mas também *defesa social*, isto é, na sua fase executiva, deve prover, quando necessário e na medida do possível, à recuperação social do condenado.

No recentíssimo colóquio realizado em Coimbra, para comemorar o centenário da abolição da pena de morte em Portugal, do qual tive a honra de participar, travou-se vivo debate entre os professores FILIPPO GRAMMATICA e GIUSEPPE BETTIOL, ali presentes, um, defendendo a exclusividade do princípio de defesa social, e outro, sustentando o princípio da retribuição como único admissível. Ao que declarou o ilustre BETTIOL, fora tormentosa a sua vacilação entre os dois princípios, mas, afinal, se convencera de que, dentro da lógica dos princípios que disciplinam o *homo socialis*, somente havia lugar para a pena retributiva. Intervi no debate, para declarar que eu me eximira ao tormento, sofrido por BETTIOL, adotando a política do Zadig de VOLTAIRE, que, resolvendo a grave controvérsia religiosa entre os persas, sobre se se devia entrar no Templo com o pé direito ou com o pé esquerdo, entrou no sagrado recinto com ambos os pés. Tenho para mim que o fim da pena é retribuição e é defesa social. Na pureza de sua concepção ou rigor de sua lógica, o princípio da retribuição já não se encontra em legislação penal alguma do mundo civilização, pois, de outro modo, não se explicariam os institutos do livramento condicional, da suspensão condicional da pena e do perdão judicial, que, universalmente adotados, interrompeu a continuidade ou a efetiva aplicação da pena, quando o condenado revela indícios de regeneração

ou não se mostra perigoso, anti-social ou socialmente ineducado.

Por outro lado, o princípio da defesa social, na sua formulação antiga ou atual, não pode ser adotado, com exclusividade, para legitimar o escopo da reação do Estado contra os violadores da lei social, pois, como já foi ressaltado, é deficiente em relação aos mesmos indivíduos que vêm de ser mencionados, não necessitados das medidas profiláticas, educativas ou curativas sugeridas pelos defensores, e que, assim, teriam livre ensejo de infringir a ordem jurídica.

A pena há de ser um *quid compositum*, transacionando entre *justiça* e *utilidade*, entre *retribuição* e *defesa social*, para evitar que fique truncada na sua função de utilidade prática.

Com a preconizada aglutinação entre pena e medida de segurança, volta ao debate a controvertida questão da “pena indeterminada”. Se a pena passa a ter com um de seus irrenunciáveis objetivos ou encargos funcionais a reassimilação social do delinqüente, a sua duração (que o princípio da retribuição exigia fosse limitada) terá de ser indeterminada, ou seja, condicionada à persistência da ineducação social do condenado. Do mesmo modo que se dispensa a continuidade de execução da pena, quando o condenado, intercorrentemente, revele recuperação social, assim também deverá ser prolongado o tempo dessa execução, enquanto o condenado se mostre carecedor do tratamento educacional ou recuperativo.

É trazida, então, à baila a teoria chamada “da culpabilidade do caráter” ou da “culpabilidade pela conduta da vida”: o indivíduo deve responder, não apenas pela sua ação antijurídica, considerada em si mesma, senão também, e principalmente, pela sua deformada intimidade psíquica ou personalidade. Desde que para a formação ou modelação de sua personalidade anti-social, entrou, como fator concausal, a sua vontade, ao criminoso deve ser aplicada a pena não só pelo que fez (isto é, pelo crime praticado), como pelo que é, e enquanto não deixa de ser o que é, ou seja, enquanto persistir, em potencial, a sua anti-sociabilidade. Já não mais

se deveria referir a culpabilidade apenas a um fato isolado ou individuado, mas também, e acima de tudo, à toda a vida pretérita do agente, enquanto esta estivesse marcando a sua personalidade ou o seu caráter.

Ainda mesmo, porém, que se assentisse nessa corrente de idéias (em gritante contraste com o direito penal tradicional), a indeterminação da pena, do ponto de vista político, seria desaconselhável, porque enseja um demasiado arbítrio judicial, dada a atual precariedade ou relativa insegurança dos indícios psicológicos da cessação de anti-sociabilidade. E isto mesmo reconhecem os próprios defensores, quer os da escola francesa, quer os da escola italiana, excetuadas as medidas de caráter curativo, que não podem deixar de ser subordinadas, no tempo, a cura do paciente.

Entre nós, para a recusa da pena indeterminada, existe até mesmo a censura da Lei Constitucional, que proíbe a “prisão perpétua” como pena. O anteprojeto de novo Código Penal brasileiro, de cuja elaboração fui incumbido pelo governo, ajusta-se, até certo ponto, aos critérios mais recentemente preconizados e consagra a unificação das duas sanções — pena e medida de segurança, — salvo a exclusividade da última, obrigatoriamente no caso dos doentes mentais, e facultativamente na hipótese dos “inferiorizados psíquicos” de natureza mórbida. As penas privativas de liberdade (reclusão e detenção), segundo declara o art. 35, “devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado, que o necessite, uma individualizada ação educacional, no sentido de sua recuperação social”. Se, por um lado, é mantida a pena ainda quando o réu não demonstre indícios de anti-sociabilidade ou periculosidade social, por outro lado, a pena, quando presentes tais indícios, assume função essencialmente pedagógica. A duplicação de sanções, neste último caso, além de supérflua no regime adotado, importaria um desperdício econômico por parte do Estado.

Depois de determinar, obrigatoriamente, a internação dos inimputáveis, por motivo de doença mental, no “manicômio judiciário” (que é o estabelecimento pioneiro das medidas de segurança), o anteprojeto assim dispõe, no seu art. 89: “Quan-

do o condenado se enquadra no § 2.º do art. 30 (que trata dos indivíduos de imputabilidade restrita, portadores de personalidade psicopática, “fronteiriços” em geral) e necessita de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro. § 1.º Sobre vindo a cura, não se dá a transferência do internado para o estabelecimento penal, mas não fica excluído o seu direito ao livramento condicional, como se estivesse a cumprir a substituída pena privativa de liberdade. § 2.º Se, ao término do prazo, persistir o mórbido estado psíquico do internado, condicionante de periculosidade atual, a internação passa a ser por tempo indeterminado, aplicando-se o disposto nos §§ 1.º a 4.º do art. 88 (relativos à verificação anual da possível cessação de periculosidade)”.

Trata-se, como se vê, de um *mixtum compositum*, isto é, de uma pena consubstanciada com medida de segurança curativa pelo prazo da condenação, findo o qual pode subsistir uma pura medida de segurança, que durará enquanto não for conjurado o estado mórbido condicionante da periculosidade do internado. Dir-se-á que há nessa medida cambiante uma conjugação ilógica de critérios com fundamentação diversa; mas o direito penal e desembaraçadamente pragmático: não atende à *lógica*, mas a *utilidade*. No caso disciplinado pelo art. 89, havia que contornar o preceito constitucional infenso à pena indeterminada; daí a admitida superveniente conversão integral da sanção em medida de segurança, cuja indeterminação no tempo escapa à censura da Magna Carta.

Outro atestado, no anteprojeto, do entrosamento, que ele procura realizar, entre pena e medida de segurança, é a adoção do “estabelecimento penal aberto”, a que assim se refere o extremado FILIPPO GRAMMATICA, vexilário do neodefensismo, que o inculca até mesmo como uma das “medidas de defesa social”, substitutivas da tradicional pena-castigo:

“Devemos, sobretudo, ao tratar dos “lugares” de execução das medidas de defesa social, insistir sobre um problema que

pode interessar particularmente ao sistema defensivo, isto é, o dos “estabelecimentos abertos”, que constituem um tema de vastíssimo estudo e experimentação em muitos países. A ele as Nações Unidas dedicaram especial atenção. Nas recomendações que propuseram, foi dada, a respeito dos estabelecimentos para execução *all’aperto*, a seguinte definição: “O estabelecimento aberto caracteriza-se pela ausência de precauções materiais e físicas contra a evasão (tais como muralhas, grades, ferrolhos, guardas e vigilantes), assim como por um regime fundado sobre uma disciplina consentida e sobre o sentimento de responsabilidade dos internados relativamente à comunhão em que vive, regime esse que encoraja o internado a usar das liberdades oferecidas sem abusar delas”...

Tal sistema é precisamente baseado sobre uma radical interpretação dos direitos do homem. A execução *all’aperto* entra, conseqüentemente, no programa da defesa social”.

O estabelecimento penal aberto, que, no Brasil, já está sendo praticado, e com ótimos resultados, em vários Estados (São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Alagoas, Rio Grande do Norte, etc), deve seu programa e organização inicial ao famoso penitenciariasta OTTO KELLERHELDS, o inolvidável diretor da Penitenciária de Witzwil, na Suíça. O seu critério prevalente é o de evitar, quanto possível, os maus efeitos da prisão tradicional, sob rígida disciplina, que torna o condenado ainda mais desajustado, pois, adotando o processo paradoxal de tentar prepará-lo para a vida livre mediante um regime de escravidão, afrouxa-lhe a vontade, elimina-lhe o espírito de iniciativa, desanima-o para o trabalho voluntário, suprime-lhe o restante sentimento de dignidade ou amor próprio, fá-lo perder a confiança em si mesmo, leva-o à desgraça das perversões sexuais, distancia-o cada vez mais da compatibilidade com a vida social ou a ordem jurídica.

Os estabelecimentos penais abertos existentes em nosso País — devo dar um testemunho *de visu* — já superaram o modelo de Witzwil, pois neste o regime continua sendo o de “segurança média” (*medium security*), não dispensando o encerramento celular à noite, sob chave. Além disso, não possui, pude observar no estabelecimento mineiro das Neves

e nas Colônias paulistas de Bauru e São José do Rio Preto: a instalação de modestos *cottages* nas cercanias da sede da administração, para moradia das famílias dos internados (denominados “reeducandos”), em convivência com estes, proporcionando-se aos seus filhos, em seção especial do estabelecimento, ensino primário. Os internados trabalham ou nas oficinas, sem outra vigilância que a dos contramestres, ou nas lavouras, para onde se encaminham pela manhã e de onde somente voltam a tarde, sem a companhia de um só guarda armado. Tais estabelecimentos têm funcionado, entre nós, um pouco à margem da lei, e o anteprojeto visa a oficializá-los, seja como sanção exclusiva, seja como etapa na execução de outras penas privativas de liberdade.

Já foi criticado esse sistema, sintomático da tendência de radical renovação em matéria de execução penal, porque o benigno, humano tratamento que dispensa aos delinquentes criaria um contraste amargamente irônico com o desconforto em que vivem os não-delinquentes desprovidos de fortuna. Não procede, porém, a crítica. Na tentativa de debelar o flagelo da delinquência, e já evidenciada a ineficácia dos métodos tradicionais para a reabilitação dos que delinquem, todos os recursos e expedientes, que se apresentem com maior eficiência, são admissíveis e louváveis. O êxito que poderá ser alcançado, pelo menos com a atenuação do malefício dessa extensa e alarmante chaga cancerosa, que é a criminalidade, seria compensação suficiente para reduzir ou afastar argumentos como o que vem de ser citado, que só têm contribuído para a exacerbação da pena-castigo, o que, ao invés de corrigir, somente serve para agravar a anti-sociabilidade de quem a ela é submetido, embrutecendo-o e incapacitando-o para a vida livre.

Desde que se verifique a *corrigibilidade* de um criminoso, que se torna hóspede forçado do estabelecimento penal, já a multi-secular experiência demonstrou, *ad nauseam*, que não há de ser com a inflicção de castigo, por mais cruel ou duradouro, que se obterá a sua inocuidade ou reassimilação social. Somente os irredutíveis ao emprego de métodos humanitários de reforma, entre os quais ressalta o trabalho orientado

no sentido de uma redenção e reajustamento da individualidade, é que deverão ser sujeitos à segregação como um fim em si mesma ou como um meio de neutralizar, pelo menos temporariamente, a sua atividade maléfica, convindo mesmo que se lhes imponha tão demorada privação de liberdade, que, ao término da servidão penal, se encontrem fisicamente incapacitados, em razão da idade avançada, para retornar ao submundo da criminalidade (e não foi por outra razão que o meu anteprojeto de novo Código possibilitava, em certos casos, a elevação da pena de reclusão até 40 anos, critério que, entretanto, não teve o apoio da Comissão Revisora, que optou pelo tradicional máximo de 30 anos).

Fora daí, a reconquista de um delinqüente, no sentido do seu readaptamento à ordem jurídico-social, ao *mínimo ético inãispensável* à conduta da vida em sociedade, é uma proeza que deve ter o assentimento, o estímulo, a contribuição de um pouco de sacrifício por parte de todos os membros da coletividade. Deve esta seguir o exemplo daquele patriarca da parábola de Cristo, que exultou com a volta do filho pródigo, sem cuidar do possível despeito ou queixume do outro filho, que lhe permanecera obediente e fiel.

NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL

SUMARIO: *A pena como instrumento de utilidade social. Pena e medida de segurança. Prisão aberta. Estabelecimentos industriais e agrícolas. Penas de multa e de curta duração. Erro de fato e erro de direito. Crimes contra a segurança do trânsito. Abusos e fraudes contra o fisco. A liberdade de imprensa. Conclusão*

O direito penal passa atualmente por uma fase de revisão de critérios, a começar pelo que diz respeito à tradicional pena-retribuição, que está caindo, agora mais do que nunca, em franco descrédito. Ao invés da pena limitada ao seu sentido etimológico, ou da pena-castigo, ou como exclusivo mandamento de justiça, ou como imperativo categórico, ou com fundamento em transcendentais razões filosóficas, o que presentemente se preconiza é a pena como meio e instrumento de utilidade social, atendendo, acima de tudo, ao fim prático de tentar, na medida do possível, a ressocialização do delinqüente, pelos meios educativos indicados pela experiência. A recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o preponderante, o precípua escopo da pena. Não mais, entre as paredes da prisão, o drama de sofrimento de um culpado, por antecipação do Inferno, mas o edificante espetáculo de resgate e salvação de um ser humano.

Quando no Congresso Internacional de Direito Penal de Roma, em 1953, BIAGIO PETROCELLI, autor principal do malogrado projeto de novo Código Penal para a Itália, de 1949, afirmou que “a pena é uma superior exigência do espírito, cuja atuação deve, se necessário, pairar além, acima de todas as exigências práticas”, palavras que ecoaram como se viessem do fundo de uma época já inteiramente superada e esquecida.

O versículo do novo credo adquire ressonância cada vez maior.

O Cód. Penal suíço, no seu art. 37, já preceitua, de modo expresso, que as penas privativas de liberdade “devem ser executadas de modo a exercer sobre o condenado uma ação educadora e a prepará-lo para a vida livre”. O Código soviético, da mesma forma, atribui à pena a finalidade de “corrigir e reeducar o criminoso no espírito da honrosa adaptação ao trabalho e no respeito às normas da vida coletiva”. A vigente Constituição da Itália — país vanguardeiro no estudo da ciência jurídico-penal — inclui entre as suas disposições a seguinte: “As penas não podem consistir em modos de tratamento contrários ao sentimento de humanidade e devem visar à reeducação do condenado”. A nossa Lei n.º 3.274, de 1957, que veio, na conformidade de mandamento da nossa Lei Magna, formular normas gerais sobre o regime penitenciário, dá especial relevo ao princípio de que a pena, ajustada à personalidade do delinqüente, deve constituir um “regime de educação moral, intelectual, física e profissional”. O mais recente projeto de Cód. Penal que é o argentino, elaborado por SEBASTIÁN SOLER, repete o preceito do Código helvético:

“A pena deve ser executada como medida pedagógica, preparando o criminoso, gradualmente, para o retorno à vida livre”.

De tal sorte se veio acentuando, quer na doutrina, ou nos “votos” de Congressos internacionais ou nos projetos de reforma jurídico-social, quer, correspondentemente, no próprio direito positivo, ao adotar novos métodos no âmbito da execução penal, o critério de que a privação de liberdade, como sanção contra o delinqüente, não é um fim em si mesmo, não devendo ser aplicada *quia peccatum*, senão principalmente *ne peccetur* (isto é, devendo ser aproveitada para o afeiçoamento do condenado à vida social, mediante processos de educação ativa), que se chegou, afinal, à seguinte conclusão: pelo menos do ponto de vista executivo, desapareceu a diferença entre pena e medida de segurança. Acabaram coincidindo os programas e processos práticos de uma e outra. O estabelecimento prisional, nos modernos moldes, assimilou

o *modus exequendi* da medida de segurança detentiva. Salvo o caso excepcional dos doentes mentais, à *grande orchestra* ou em *discreta surdina* (“fronteiriços” de fundo mórbido), e dos ébrios habituais ou intoxicados crônicos (com profunda alteração do psiquismo), que devem ser declarados *irresponsáveis* (repudiando-se qualquer compromisso transacional a respeito) e submetidos exclusivamente à medida de segurança de internamento em manicômio judiciário ou seções especiais ou “anexos” de tal estabelecimento, todos os demais criminosos poderiam ser, sem prejuízo de imprescindíveis discriminações para o efeito do tratamento individualizado, mandados para os estabelecimentos penais. Os próprios portadores de personalidade psicopática, que não são propriamente *doentes mentais*, mas indivíduos que, não obstante mais ou menos íntegros de inteligência, trazem consigo um *status* constitucional de deficiência sentimental ou volitiva, não se eximiriam ao tratamento penal comum, já tendo a experiência demonstrado que o seu convívio com os delinquentes psicologicamente normais torna-os mais acessíveis ao regime disciplinar e educacional. A afinidade prática que, nos últimos anos, se estabeleceu entre pena e medida de segurança é que, naturalmente, explica o fato de que em quase todos os países, cujos Códigos adotaram as duas sanções, não se cuidou da instalação dos preconizados institutos de segurança. Não passaram estes de legislação de fachada. Compreendeu-se que seria gastar dinheiro inutilmente com a duplicidade de estabelecimentos que, embora sob etiquetas diferentes, eram idênticos na sua organização e atuação prática.

Nos mais recentes Congressos internacionais tem sido largamente debatida a tese relativa à supressão do sistema de *dupla via* ou de *dois trilhos* (*doppio binario*, *dual track*, *Zweispurigkeit*), isto é, da aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, a ser substituído por um tratamento unitário. No já citado Congresso de Roma, de 1953, teria triunfado a tese da unificação integral das duas sanções, sob a epígrafe exclusiva de medida de segurança, se FILIPPO GRISIGNI, o saudoso professor da Universidade da Capital italiana, que sempre evoluiu entre a escola positiva e a escola neo-

clássica, não tivesse proposto como relator do tema uma fórmula conciliatória ou transacional: não mais o sistema de aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, ou *vice-versa*, mas o sistema alternativo, ficando ao esclarecido e prudente arbítrio do juiz, em cada caso, aplicar ou somente a pena ou somente a medida de segurança.

A respeito do assunto já tive oportunidade de me pronunciar nas “Jornadas Penales” de Buenos Aires, em agosto de 1960. Salvo os casos excepcionais a que acima já me referi, em que não se poderá prescindir da medida de segurança, que é o manicômio judiciário, sou pelo tratamento unitário, mas sob a rubrica exclusiva de “pena” sem repúdio à tradicional condição de imputabilidade e culpabilidade, posto que não há incompatibilidade alguma entre o princípio da responsabilidade psíquica e a concepção finalística da pena.

A adoção da medida de segurança como sanção única apresentaria sério inconveniente. Conceitualmente subordinada, na sua aplicação, à periculosidade do criminoso, não poderia abranger os criminosos de ocasião, de acaso ou de emergência, os criminosos passionais autênticos, os criminosos políticos, os criminosos simplesmente culposos, os autores de crimes meramente convencionais, os criminosos normais em geral, de nenhuma ou escassa periculosidade, de modo que todas essas categorias ficariam à margem do direito penal, com grave prejuízo da função intimidativa ou de coação psicológica inerente à ameaça da reação penal. Se apenas fossem atingíveis os perigosos, aos não-perigosos se daria um prévio salvo-conduto para a prática de crimes, o que seria um despropósito.

A preferência da pena como sanção única está condicionada, quanto aos criminosos socialmente desajustados, a que o período de privação de liberdade não somente seja aproveitado, como na medida de segurança, para a reeducação do condenado, como também adquira a ductilidade necessária ao fim de individualização. Inscrevo-me entre aqueles que, em certos casos, propugnam não a absoluta indeterminação da pena (que, aliás, poderia redundar na *perpetuidade* proibida pela Constituição Brasileira), mas a sua indeterminação

relativa. Do mesmo modo que se dispensa o cumprimento de parte da pena, quando o condenado, intercorrentemente, revela sua recuperação social, assim também pode ser prolongado o tempo de sua prisão, até um certo limite além do *quantum* imposto pela sentença, desde que ele se mostre ainda carecedor da continuidade do tratamento educacional. Como diz BELEZA DOS SANTOS, que tem sido o grande inspirador da remodelação do sistema penitenciário de Portugal, "seria, porventura, de utilizar neste caso, como um meio eficaz de atuar na execução da pena, o conceito de *culpa na direção da vida* ou na formação ou, antes, *na modelação da própria personalidade*". Desde que para modelação de sua personalidade anti-social entra, como fator concausal, a sua vontade, ao criminoso pode ser aplicada a pena, não só pelo que fez (isto é, não só em razão do crime), senão também pelo que é, e enquanto não deixa de ser o que é.

Muito ilustrativo é o tratamento que está sendo atualmente adotado em relação aos criminosos *habituais* e aos chamados *por tendência* (isto é, criminosos organicamente condicionados, por deficitários de senso moral e auto-inibição). O Código iugoslavo, que é o mais recente entre os Códigos do mundo civilizado, engloba para idêntico tratamento essas duas categorias de delinquentes, permitindo a aplicação da pena mais severa para o crime de que se trate, não podendo, porém, ultrapassar o dobro dessa pena, nem ultrapassar o máximo da espécie de pena pronunciada. O Código grego, de 1950, que não conhece a existência do criminoso por tendência, cuida, especialmente, apenas do criminoso habitual contra o qual comina a pena de reclusão relativamente indeterminada; o mínimo da pena não pode ser inferior a dois terços do máximo da pena cominada para o reincidente simples, sem direito a intercorrente liberação condicional, e, findo esse prazo mínimo, se o condenado ainda não revela ausência de periculosidade, a pena poderá durar por mais 15 anos, embora devendo ser ele submetido, de três em três anos, a um exame de verificação de cessação de periculosidade, a fim de, no caso afirmativo, ser posto em liberdade. O projeto argentino de SEBASTIÁN SOLER também reúne os habituais e

por tendência a idêntico tratamento, como faz o Código iugoslavo: o juiz fixará a pena correspondente ao fato de que se trate, e o prazo respectivo será o mínimo da pena de reclusão, não podendo esta, entretanto, ser inferior a três anos, e sendo suscetível de prorrogação até 12 anos após o cumprimento do prazo mínimo fixado.

Para os criminosos não classificáveis como perigosos e mesmo os de pouca periculosidade, o sistema de tratamento penal que, atualmente, cada vez mais encontra apoio e difusão é o da “prisão aberta” ou “estabelecimento penal aberto”, já adotado, com êxito, em vários Estados do Brasil (São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte). É um regime que se caracteriza pela confiança que se deposita no detento ou internado, permitindo-se-lhe uma grande liberdade de movimentos ou conduta sem constante vigilância, bem como autonomia no desempenho de tarefas de que são incumbidos dentro do estabelecimento ou a céu aberto. A prisão aberta se reconhece, principalmente, pela ausência de obstáculos materiais para evitar a fuga, como sejam muralhas, grades, ferrolhos, guardas armados. Ao invés disso, o compromisso formal de não fugir, assumido pelo internado, inculcando-se-lhe o sentimento de auto-responsabilidade, avivando-se-lhe o brio pela confiança que nele se deposita. O modelo primitivo foi o estabelecimento penal de Witzwil, na Suíça, por mim recentemente visitado.

Deve-se sua organização ao famoso penitenciarista OTTO KELLERHALS, e tais têm sido os bons resultados obtidos que o sistema já encontrou apoio, para sua generalização, no próprio seio da ONU, ou seja, no Congresso por esta promovido em Genebra, em 1953, onde, porém, se acentuou, e com toda a razão, a necessidade de uma rigorosa seleção dos criminosos a internar na prisão aberta. Para esta, segundo penso, somente poderiam ser mandados, com fundada probabilidade de sucesso, os delinquentes ocasionais ou fortuitos, os passionais, os primários de bons antecedentes (condenados à pena cujo *quantum* exclua o *sursis*), os reincidentes não-perigosos, os meramente culposos, os associiais de caráter passivo, os

normais em geral, para todos os quais constituiria ela o único método de execução penal. Poderia ainda a prisão aberta constituir uma etapa da reclusão ou detenção, imediatamente anterior à do livramento condicional, desde que o condenado, pela sua boa conduta na prisão fechada, se revele, segundo a expressão usada no Projeto de Código Penitenciário do Prof. OSCAR STEVENSON, *sociável*, isto é, reajustável às condições mínimas da vida em sociedade.

Os estabelecimentos abertos do Brasil (devo prestar um depoimento *de visu*) já superaram o modelo de Witzwil, pois neste o regime continua sendo o de “segurança média” (*medium security*), não dispensando o encarceramento celular à noite, sob chave. Além disso, não possui o que pude observar no estabelecimento mineiro de Neves e nas colônias paulistas de São José do Rio Preto e Bauru: a instalação de modestas *cottages*, nas cercanias da sede da administração, para moradia das famílias dos internados, em convivência com estes, proporcionando-se aos filhos menores, no próprio estabelecimento, ensino primário. Os internados trabalham ou nas oficinas, sem outra vigilância que a dos contramestres, ou nas lavouras, para onde se encaminham pela manhã e de onde somente voltam à tarde, sem a companhia de um só guarda armado. Não se pode imaginar sistema que ofereça maior eficiência no preparo para o retorno à vida livre. Não se invoque para desprestígio da prisão aberta o que vem de ocorrer na de São José de Rio Preto, cujo diretor, o devotado Dr. JAVERT DE ANDRADE, foi estupidamente assassinado por um dos internados. Quando se soube o nome do autor do crime, chegou-se, para logo, à conclusão de que não podia estar gozando o privilégio da prisão aberta, pois não era outro senão o famigerado João Pereira Lima, o chefe da matança da Ilha Anchieta, que provocou, na época, o espanto e a indignação do mundo inteiro. Sua presença na Colônia de São José do Rio Preto, não obstante tratar-se de elemento comprovadamente perigosíssimo, fora uma ousada experiência do Dr. JAVERT, que, aliás, não percebendo que Pereira Lima apenas dissimulava, sob a máscara da contrição, seu indomável caráter anti-social, orgulhava-se de sua suposta recuperação.

Como quer que seja, porém, o insucesso do regime, em relação a um ou outro internado, não significa a sua falência.

Outra das idéias que têm sido ultimamente aventadas e cuja realização seria o coroamento da obra de redenção dos delinqüentes é a instalação, por parte do Governo, de estabelecimentos industriais ou agrícolas, em que pudessem ser admitidos os egressos da prisão que não contassem, de imediato, com meios de ocupação. Sabe-se que o momento dramático ou crucial do condenado é quando ele sai do cárcere, cercado da desconfiança geral, não encontrando quem lhe estenda mão protetora, mas encontrando, a cada passo, ensejos de tentações para o retorno ao crime. Numa época em que o Estado cada vez mais se faz industrial, diretamente ou mediante empresas de economia mista, não lhe seria difícil aproveitar aí os ex-sentenciados, cooperando, assim, para sua integral recuperação. Não é preciso que tais estabelecimentos sejam destinados exclusivamente aos egressos da prisão, pois seria até mesmo útil que estes ali convivessem com os homens de bem ou não-criminosos, para que definitivamente se libertassem dos meios criminosos de onde vieram.

Ainda no setor da penalidade, cumpre registrar que a pena de multa vem adquirindo crescente prestígio, mesmo como pena cominada isoladamente aos crimes, substituindo, na medida do possível ou do aconselhável, as penas privativas de liberdade de curta duração. Não só é prescrita a propósito de tais ou quais crimes em espécie, como passou a ser objeto de uma norma geral no sentido de que deve ser aplicada toda vez que o crime haja sido praticado por cupidez, ainda que para ele não esteja expressamente cominada.

Fara evitar que o eventual aviltamento da moeda torne ineficaz o algarismo na pena pecuniária, e mesmo para assegurar a sua equidade, está sendo adotado aos Códigos e projetos de Códigos mais recentes o sistema sueco do dia-multa, segundo o qual a base para imposição e cálculo da multa aplicável será sempre o ganho médio diário do condenado. Critério que também já se vai tornando prevalente é o de permitir que o pagamento da multa se faça em prestações, quando o justifique a situação financeira do conde-

nado. Ainda outro sistema preconiza para o condenado insolvente, mas que seja homem válido, exigir-se dele que preste trabalho em obra pública, retirando-se do salário a que fizer jus uma quota-parte para resgate da multa, sem prejuízo do seu sustento e o de sua família.

A tão discutida pena de prisão a breve tempo já não sofre, como outrora, tão insistente e calorosa impugnação. Chegou-se à conclusão de que ela não deixa de ser intimidativa e, em alguns casos, é a única possível ou aconselhável. Os propostos sub-rogados da pena de curta duração, como a suspensão condicional da execução da pena, a admoestação, o domicílio coacto, o exílio local, a obrigação de permanência em determinado lugar, o termo de bem viver etc., ou não são indicados em muitos casos ou são facilmente bur-láveis ou irrisoriamente inócuos. A legislação penal alemã conhece um modo de execução, deveras original, da pena de breve duração: a pena que lá figura com o nome de "Strafhaft", cujo mínimo é uma semana e o máximo seis meses, pode ser convertida em prisão *week end*, isto é, ao invés de condenar o réu, digamos, a 30 dias corridos, o juiz poderá condená-lo a 30 sábados e domingos, evitando-se, assim, um dos apontados inconvenientes da pena de curta duração, qual a de, por continuada ausência, forçar a perder o condenado o seu emprego, o seu meio de vida, o seu ponto de freguesia ou a sua clientela, como aconteceu ao desgraçado "Crainquebille", do conto de ANATOLE FRANCE. Tal critério de solução poderia ser adotado entre nós, sem inconveniente algum.

Dois manifestos ilogismos que, a política criminal introduzira no direito penal legislado estão sendo, na atualidade, firmemente repudiados: a responsabilidade pelo resultado mais grave, acarretando majoração de pena, ainda quando imprevisível tal resultado, e a irrelevância do erro de direito, ainda quando escusável. São dois renitentes resíduos do direito penal primitivo, desafiando o princípio central "*nulla poena sine culpa*". Se a irrogação da pena assenta na culpabilidade, e se o mínimo desta é a previsibilidade do evento antijurídico, como se compreende que, para a imputação do

resultado mais grave, a que corresponde o acréscimo de pena, seja dispensada a indagação sobre o elemento subjetivo?

Contradição semelhante se evidencia no diverso tratamento do erro de fato e do erro de direito. Se o justificável erro de fato (erro sobre elemento de fato do crime) exclui a culpabilidade, logicamente o mesmo efeito deve ser atribuído ao erro de direito, desde que escusável. Os que se apegam, quase supersticiosamente, ao velho brocardo "*error juris non excusat*", alegam que a abolição dele representaria um grave perigo, pois freqüente seria a alegação de desconhecimento ou equivocada interpretação da lei, e difícil seria demonstrar a insinceridade da exceção do réu. Ora, é bem de ver que tal causa excludente de culpabilidade só funcionaria nos casos de total rusticidade do agente, ou quando se tratasse dos crimes denominados meramente convencionais, ou então nos casos de *inovatio legis*, estando ausente do país, na ocasião, o excipiente, ou sendo perfeitamente plausível o seu equivocado entendimento. Fora daí, a alegação seria, *toto coelo*, inverossímil ou lastreada de má-fé. Nos Códigos mais recentes, como o da Suíça, o da Grécia e o da Iugoslávia, e nos últimos projetos de Código, como o alemão de 1958-1960, e o argentino de 1960, já se encontram dispositivos repelindo os citados ilogismos. A irrestricção do "*nulla poena sine culpa*" é a assegurada em termos que já o pranteado COSTA E SILVA, quando da elaboração do nosso atual Código, sugerira em vão à Comissão Revisora: "Pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado pelo menos culposamente". Quanto à relevância do erro de direito, a nova fórmula soa mais ou menos assim: "A pena pode ser livremente atenuada, substituída por outra menos rigorosa ou mesmo excluída quando o agente, por escusável ignorância ou erro de interpretação da lei, supõe lícito o fato".

A alarmante freqüência dos crimes contra a segurança do trânsito, principalmente no que diz com o transporte automobilístico (que veio confirmar, no mundo contemporâneo, a observação de FERRI, de que a ciência cada vez mais inventa aparelhos técnicos de progresso que estão aumentando os

casos de matar sem querer), tem provocado em vários países a promulgação de leis especiais incriminando preventivamente fatos até agora deixados à margem do direito penal positivo ou não passando de meras circunstâncias agravantes ou simples ilícito administrativo. As novas entidades criminais apresentam, quase todas, o caráter de “crimes de perigos”, como sejam: a embriaguez ao volante, expondo a perigo a incolumidade pública ou individual; o eximir-se ao exame técnico legalmente determinado para averiguação dessa embriaguez; a omissão de socorro às vítimas, mesmo no caso de culpa exclusiva destas, e também incorrendo no crime os próprios passageiros do veículo, quando fizerem causa comum com os motoristas (ressalvado que se estes prestarem o socorro ficarão a coberto da prisão em flagrante); a fuga do motorista, ainda quando não seja culpado do acidente (pois a sua presença no local, com o seu carro, é sempre necessária, ao menos para a reconstituição do acidente); finalmente, o furto ou apropriação indébita do uso de automóveis, punindo-se como uma espécie de receptadores os indivíduos que aceitarem condução no veículo desviado, sabendo-o ou devendo sabê-lo tal.

Outra matéria que tem preocupado o contemporâneo legislador penal é a concernente aos abusos e fraudes contra o fisco. Vários são os fatos classificados como “delitos fiscais”, isto é, ofensivos da Fazenda Pública em matéria de impostos. Já havia, em um ou outro país, uma antiga legislação a respeito, de que, entretanto, o legislador brasileiro não se apercebia, porque tais crimes não figuravam no texto de Códigos penais, mas no de leis especiais que não chegavam ao seu conhecimento ou não feriam a sua atenção. Há, porém, atualmente, uma geral renovação legislativa, para a prevenção e repressão da polimorfia criminalidade lesiva do erário público, como demonstra, por exemplo, a lei alemã de 12 de março de 1959 (*Reichsabgabenordnung*). Além das figuras clássicas do contrabando e do descaminho de direitos alfandegários, são previstas como infrações fiscais, severamente punidas com prisão e multa, a sonegação de bens ou de rendas tributáveis, as falsas declarações sobre o valor de contra-

tos, bem como toda uma série de fraudes empregadas para ludibriar os lançadores, recebedores ou cobradores fiscais. O contrabando é previsto sob múltiplos aspectos, e reconhecível ainda quando as mercadorias contrabandeadas já estejam em depósito além da zona aduaneira, punindo-se com idêntico rigor os que receptam tais mercadorias. No Brasil, a adoção de tais critérios impõe-se com urgência, para coibir o crescente êxito dos contrabandistas e fraudadores do fisco, que chegam a ameaçar a própria política financeira e cambial, na sua segurança e adequação. Em remate a esta minha desataviada conferência, em que estou apenas a respigar numa vasta seara de Booz, vou tocar num assunto melindroso, porque diz com a liberdade de imprensa, que, entre nós, como é salúcio, assume a intangibilidade sagrada de um “tabu”.

No seio das democracias, atualmente, cada vez mais se afirma o postulado da liberdade de imprensa, como um meio de vigilante e eficiente defesa de todas as demais liberdades. A característica das mais recentes leis de imprensa é a supressão radical de quaisquer medidas preventivas no sentido de entravar a publicação do jornal ou outro órgão da imprensa periódica. Ao mesmo tempo, entretanto, é reconhecido que a liberdade de imprensa, compreensiva da liberdade de opinião e de expressão ou de informação, não pode ser ilimitada ou excludente de deveres e responsabilidades. Liberdade sem responsabilidade ou sem limite é a anarquia, a desordem. Seria a própria negação do direito e da justiça, que não significam outra coisa senão limitação recíproca e acomodação de interesses e liberdades que compitam na vida social. Somente a extravagante filosofia existencialista, segundo a qual nenhum indivíduo pode arrogar-se o direito de decidir ou censurar o que outro entende de crer ou exprimir, é que seria capaz de reclamar ausência de marcos à liberdade de imprensa.

A Organização das Nações Unidas, ao adotar, em 1948, a nova Declaração dos Direitos do Homem, incluiu entre os seus versículos o seguinte: “Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão — o que importa o direito de não ser molestado por suas opiniões e o de colher, receber e

difundir, sem consideração de fronteira, as informações e as idéias, seja qual for o meio de expressão”; mas, no Projeto de Pacto dos Direitos do Homem, aprovado em Genebra, no mesmo ano, era acrescentado: “O direito à liberdade de expressão comporta deveres e responsabilidades, e pode conseqüentemente ser submetido a sanções, condições e restrições claramente definidas em lei, mas unicamente no que concerne: a) às questões que exigem segredo no interesse da segurança nacional; b) às expressões de opinião que incitem a mudar pela violência o sistema de governo; c) às expressões de opinião que sejam incitamento direto à prática de atos criminosos; d) às expressões obscenas; e) às expressões de opinião que comprometam o curso regular da justiça; f) à violação de direitos em matéria de propriedade literária ou artística; g) às expressões de opinião que acarretem ofensa à reputação de outras pessoas físicas ou morais ou as prejudiquem de qualquer outra maneira, sem vantagem para a coletividade; h) à difusão sistemática de notícias falsas ou deformadas, sabendo-as tais, de modo a prejudicar as relações amistosas entre povos ou entre Estados”.

A esse casuístico critério restritivo não pode eximir-se a legislação sobre crimes de imprensa. São indeclináveis limitações *ratione reipublicae*, *ratione personae* e *ratione gentium*. Dentre os itens acima citados destaca-se, pela sua novidade, o colocado sob a letra e, relativo às “expressões de opinião que comprometam o curso normal da justiça”. Trata-se de um problema cuja relevância está sendo mundialmente reconhecida: a necessidade de conciliação entre o interesse da liberdade de imprensa e o da liberdade e serenidade da justiça penal. A Inglaterra e a França — países onde se respira a mais oxigenada atmosfera democrático-liberal — já editaram leis regulando a matéria, e esta vem de constituir o principal objeto de debate do Congresso Internacional de Direito Penal que se realizou em Lisboa, setembro último.

A lei francesa de 23 de dezembro de 1958, cujo texto veio substituir o do art. 227 do velho Código de Napoleão, incrimina, cominando prisão até seis meses e multa até 20.000 francos novos, ou somente uma dessas penas, o fato de quem

“publica, antes da intercorrência de sentença judiciária definitiva, comentários tendentes a exercer pressões sobre as declarações das testemunhas ou sobre a decisão das jurisdições de instrução ou de julgamento”. Tem-se considerado, como a acentua GEORGES LAVASSEUR, que à imprensa deve ser imposto um mínimo de exatidão nas suas informações policiais e judiciárias, um mínimo de objetividade e lealdade nas críticas em torno aos inquéritos e processos criminais, um mínimo de respeito pelas instituições da justiça penal organizada, resguardando-se, dessarte, os legítimos interesses em causa. O reporter, ávido de sensacionalismo e na preocupação de dar o “furo”, como se diz na gíria jornalística, não aguarda as informações da polícia ou não se contenta com elas e põe-se a fazer indagações *a latere* ou por conta própria, atribuindo-se qualidades de detetive, usurpando função que a lei comete exclusivamente à autoridade policial; resolve seguir pistas ao sabor de sua galopante imaginação; revela detalhes cuja publicidade prejudica, às vezes irremediavelmente, a ação policial contra os verdadeiros culpados; arrasta pela rua da amargura, por mera suspeita, pessoas inocentes, levando-as de roldão; com seus familiares, em pasto à maledicência e mais infundadas conjeturas em palpitante realidade de fatos, e vagos rumores em indícios incontrastáveis; arvora-se em orientador da justiça, e, no seu crescente desmando, para fazer prevalecer seu ponto de vista, vai ao extremo de cobrir de baldões o acusado (que já os romanos consideravam *res sacra*), de insultar o advogado que o defende, de enxovalhar o juiz que não encontra provas para a condenação!

Ninguém pode achar que seja isso razoável, ou que continue a ser permitido em homenagem à liberdade de imprensa, como se esta, além de seus irrefragáveis direitos, tivesse também a faculdade do exercício abusivo deles. Não se quer proibir que o repórter leve ao seu jornal os informes obtidos na polícia, os resultados apurados no inquérito, os depoimentos e debates em Juízo. O que se pretende coibir é a novela policial sensacionalista em torno de casos concretos, é a função de investigador policial que se atribui o repórter

em competição com o poder competente, é o comentário tendencioso, o noticiário provocador de escândalo para impressionar a opinião pública, com grave detrimento para o exercício da justiça. O que se quer evitar é que a imprensa se arrogue, qual direito líquido e certo, a liderança da justiça, como se esta estivesse mal servida pelos magistrados incumbidos de distribuí-la.

Outra marcada tendência do novo direito penal da imprensa é a abolição irrestrita, em seus dispositivos, de qualquer vestígio de responsabilidade objetiva. Para repressão dos crimes de imprensa não há necessidade de transigir com esse resíduo de primitivismo, que é a responsabilidade sem culpa. O mais nítido padrão dessa nova diretriz é a lei italiana de 4.3.1958, que modificou o art. 57 do Cód. Penal peninsular:

“Salvo a responsabilidade do autor da publicação e fora dos casos de concurso, o diretor ou vice-diretor responsável, que deixa de exercer sobre o conteúdo do periódico por ele dirigido o controle necessário a impedir que, por meio da publicação, sejam cometidos crimes, é punido, a título de culpa, se um crime vem a ser cometido, com a pena cominada a tal crime, diminuída, no máximo, de um terço”.

Assim, os únicos responsáveis subsidiários passam a ser o diretor ou o vice-diretor do jornal, e isto mesmo quando tenham sido negligentes na fiscalização dos artigos, notícias ou anúncios, não respondendo solidariamente ou em igualdade de condições com o autor, mas com pena sensivelmente minorada.

Aí estão, em traços gerais, o que pude colher como tendências mais recentes do direito penal no mundo civilizado e como sugestões à pretendida reforma da legislação penal brasileira.

COSTA E SILVA, PENALISTA

SUMÁRIO: *Crítica do Cód. Penal de 1890. Resíduos da doutrina medieval. Das penas. Analogia. Elaboração do Cód. Penal vigente. Dolo eventual. Preterintencionalidade. Responsabilidade sem culpa. Crime culposos. Erro de direito. Outras sugestões. Conclusão.*

Coube-me a honra de ser o magistrado escolhido para dissertar, nesta “solenidade judiciária”, sobre a obra de “grande jurista pátrio já falecido”, conforme se diz no ofício de convite que me foi endereçado. Não hesitam um só instante na preferência deixada ao meu alvedrio. Desde o primeiro momento, fixei, para esta minha conferência, o nome de quem se pode dizer que foi o mais apurado autor da ciência jurídico-penal no Brasil: ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA. O que ele deixou escrito pode ser reconhecido como *a summum culmen* na bibliografia do direito penal pátrio. É obra de mestre, no mais lídimo sentido da expressão. É cristalização de um saber autêntico, que só se adquire pelo perseverante e ávido aproveitamento do tempo no estudo e na meditação. COSTA E SILVA teve a posse inteira do árduo e movediço terreno da ciência penal. Conhecia-o polegada a polegada, nos seus velhos extratos e nas suas aluviões, nos seus caminhos batidos e nas suas trilhas mais recentes, nas suas desconcertantes encruzilhadas e nos seus intrincados meandros, nas suas torrentes corbulhosas e nos seus regatos sossegados. — Tinha a visão aquilina do conjunto e dos pormenores. Nada escapava ao alcance da sua retina, a agilidade da sua percepção, à finura da sua análise, à sensibilidade do seu espírito científico. Versava com a mesma habilidade as soluções menos intranquias e as *vetatas questiones*, expondo-as com clareza e precisão, submetendo-as ao seu agudo senso de crítica,

orientando-as no sentido da unidade sistemática, da impecável harmonia de que se deve revestir um corpo de doutrina.

Ao contrário de muitos dos nossos escritores de direito penal, jamais abstraiu ou ladeou os problemas difíceis ou ingratos: defrontava-os com serena bravura e segurava-os firmemente pelas guampas. Não era um repetidor servil de idéias alheias, importadas do Velho Mundo ou da América do Norte. Comentando o direito penal brasileiro, não fazia caso omisso do seu texto, para trasladar teorias e conceitos formulados em face de Códigos alienígenas. Seus livros encerram a mais perfeita construção técnico-jurídica do nosso verdadeiro *jus positum* em matéria penal.

Havia em COSTA E SILVA, expositor admirável, um traço indicativo da genuína sabedoria: o amor à síntese. Não empregava o estilo copioso dos simuladores de erudição. Sabia gizar o exato contorno das questões, e resolvia-as com *pa-lhetadas* magistrais. Nos seus períodos nítidos e escorreitos, sumariamente persuasivos como dinheiro à vista, não havia a demasia de um só vocábulo, uma só derivação inútil.

CRÍTICA AO CÓDIGO PENAL DE 1890

Ninguém fez tão superiormente, como ele, o comentário e a crítica do Código Penal de 1890. Discorrendo sobre a evolução do direito penal pátrio e assinalando a sua derradeira etapa a partir da discussão em torno do projeto SÁ PEREIRA, já assim me pronunciei: "...foi por essa época que ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, então ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicou, para glória e orgulho da nossa cultura jurídica, o primeiro volume do seu "Código Penal" (1930). Dir-se-ia que atingíramos o ponto culminante de gradativa ascensão. Pela fiel informação doutrinária, pela solidez e riqueza de ensinamentos, pela perfeição técnica, concisão e clareza de estilo, esse livro foi, e continua sendo, a obra máxima do direito penal brasileiro. Atualizou conhecimentos, devassou distâncias, retificou caminhos, fixou cer-

“teiras diretrizes. Comparou o nosso direito ao de outros países e nos pôs em contato direto com a profunda cultura “jurídico-penal da Alemanha de antes de Hitler, da qual tínhamos notícias, quase que exclusivamente, pela antiga “versão do “Tratado de VON LISZT por JOSÉ HIGINO (cujo famoso prefácio, aliás, constitui ainda hoje uma das melhores “páginas da nossa literatura penal). Só então nos refizemos “da incerteza e insatisfação em que, sobre vários problemas, “nos deixavam os autores italianos, até ali reputados, no “Brasil, mestres inexcedíveis da ciência penal. Só então pudemos verificar, não sem um certo desencanto, que os figurinos italianos, em que tão estaticamente nos inspirávamos, “eram, por sua vez, em grande parte, inspirados e talhados “nos riscos e moldes da alfaiataria alemã. A *fonte limpa* “estava para além dos Alpes, alimentada pela mais penetrante sabedoria e o mais infatigável espírito de construção “jurídica. O livro de COSTA E SILVA, cujo segundo tomo só “veio a lume em 1938, foi o atestado inequívoco do quanto se “elevara o nível da nossa cultura no campo da dogmática “jurídico-penal. Realizou, em linhas esculturais, o mais perfeito trabalho de sistematização e doutrinação do nosso direito penal legislado. Alheando-se radicalmente à estéril e “anacrônica polêmica das *escolas*, cujo borralho fora resolvido, entre nós, por efeito reflexo da celeuma provocada pelo “malogrado projeto FERRI, apresentado ao governo italiano “em 1921, COSTA E SILVA afirmava-se mestre insuperável na “exposição técnico-jurídica dos princípios do Cód’go de 90 e “leis adicionais, no mesmo passo que, através de uma crítica “superiormente esclarecida, arroteava as trilhas para um mais “seguro e confiante empreendimento da reforma da nossa “legislação penal”.

Foi, sem dúvida alguma, o mais bem informado dos nossos penalistas. Sempre atento às produções doutrinárias ou legislativas sobre direito penal, não lhe passava despercebido o mais leve ou longínquo *tremor* no solo da sua querida ciência. JIMÉNEZ DE ASÚA, quando de sua visita ao Brasil em 1938, ficou surpreendido com a atualidade de sua cultura, e conta que “*apenas publicado el proyecto de Código penal*

alemán de 1927, COSTA E SILVA *no sólo tenía noticias de él, sino que lo estudió con esmero y sus observaciones eran certísimas*" (Un viaje al Brasil", 1929, pág. 87).

E enganara-se o mesmo ASÚA quando prognosticara, a respeito de COSTA E SILVA, que "*sus quehaceres de magistrado le hurtan tiempo para plasmar en libros sus doctrinas*". Deste equívoco veio a penitenciar-se o insigne penalista espanhol, ao receber o livro que, dois anos depois, COSTA E SILVA dava à publicidade. Em carta que lhe dirigiu, declarava ASÚA: "Acreditei, e assim o disse em meu livro "Uma viagem ao "Brasil", que os seus grandes labores de juiz lhe tiravam o "tempo para escrever obras de tal monta. Vejo com júbilo "que me equivoquei. . . Sinto admiração pelo homem que, sem "descuidar de suas difíceis obrigações de magistrado, pode "dedicar-se à empresa de escrever um livro de tanta responsabilidade e valor."

COSTA E SILVA não teve pressa em escrever. Preservou-se contra o prurido da publicidade. Sabia que os livros duradouros são somente aqueles que trazem a marca das longas reflexões, dos apurados raciocínios, da persistente e escrupulosa revisão das idéias. Já era sexagenário quando publicou o primeiro volume do seu "Código Penal"; mas consagrou-se, para logo, mestre entre os mestres.

Pelo subido nível científico e impecável rigor de técnica, o livro revelava-o digno de uma cátedra universitária em Goetinge ou em Nápoles. As mais enredadas questões, os mais irreduzíveis *quadros da hipotenusa* da ciência penal encontram ali soluções de incensurável acerto, numa linguagem de rara limpidez, sobriedade e correção. Foi uma vigorosa percussão na quieta lagoa da rotineira doutrina penal indígena. No que respeita ao direito penal, antes do primeiro livro de COSTA E SILVA, não se pode deixar de convir com ASÚA quando, no seu *compte rendu* da visita que nos fez, afirmava que "*la cultura jurídica brasileña no ha conseguido trepar a niveles altos*" (ob. cit., pág. 69). Somente COSTA E SILVA nos deu, no campo da ciência penal, uma autêntica obra-prima, comparável às dos melhores autores alemães ou italianos (posto que fora da Alemanha e da Itália o estudo

do direito penal é mero diletantismo). Os temas eram versados sob aspectos até então desconhecidos em nossa literatura penal ou assumiam relevo que ainda não havíamos, sequer, suspeitado. Todo o livro era uma sucessão de límpidas e incisivas lições, destacando-se as páginas sobre o “princípio da legalidade”, a “teoria da causalidade”, os “crimes a distância”, a “capacidade de direito penal”, a “culpabilidade”, o “dolo indireto”, a “responsabilidade objetiva”, o “erro de direito” e o “erro de fato”, a *actio libera in causa*, o “concurso de agentes”, as “justificativas” e os *accidentalia delicti*.

Oito anos depois da publicação do primeiro volume, foi dado remate à obra, com o aparecimento do segundo tomo. Manteve-se este na mesma altitude daquele, versando com inexcelsa mestria o tema da pena em geral e das penas em espécie, os regimes penitenciários, os institutos da suspensão da pena e livramento condicionais, o concurso de crimes, as causas extintivas de punibilidade e ainda contendo uma série de doutos “aditamentos” sobre o “princípio da legalidade e analogia em matéria penal”, a “extradicionados nacionais”, o “problema da causalidade”, o “dolo criminal” e a “liberdade de imprensa”.

Fenetrando no âmago das controvérsias, era com denodo e irresistível poder de persuasão que COSTA E SILVA defendia seus pontos de vista. Tinha predileção pelos autores alemães, sem desconhecer, entretanto, o grande mérito dos italianos. A estes apenas criticava pelo excesso de logomaquia e verbiagem. Escreveu-me ele, certa vez: “Ninguém mais do que eu “admira os criminalistas italianos, mas eles, como aquele “personagem de *Idioma Gentile*, têm precisão de *um astri-gente*”

RESÍDUOS DA DOUTRINA MEDIEVAL

Adversário irreconciliável de certos resíduos da doutrina medieval no direito penal moderno, não os pouçava à sua crítica, por vezes candente. A ele devemos o descrédito, entre nós, do famigerado “dolo indireto”, contra-senso que ainda

nos impingia a doutrina franco-italiana) e da empírica parêmia *dolus indeterminatus determinatur ab eventu*, de pernicioso influência no ânimo dos juizes, para sistemático favor a criminosos.

Foi ele quem iniciou a ofensiva contra a obsoleta “responsabilidade sem culpa”, que, afeitos ao modelo italiano, ainda conservávamos na órbita do direito punitivo. Só depois dele é que tivemos coragem de recolher ao museu da ciência penal o ominoso *versari in re illicita* que servia de fundamento à *imputativa facti et juris* pelo resultado causal. Não perdoava aos nossos projetos de novo Código Penal a conservação dessa antigalha. “Em nosso país”, dizia ele, “os projetos de reforma se mostram cegamente alheios ao “progresso que a respeito se opera nas legislações. Neles se nos depara “o mesmo defeito do Código vigente: os resultados que qualificam as lesões corporais de graves independem de culpabilidade do agente. O art. 202 do projeto SÁ FERREIRA assim dispõe: “Aquele que causou a morte, que não “queria, nem “podia prever como consequência dos seus atos, tendentes “apenas a produzir lesão corporal, descontar-se-á por um “terço a pena do homicídio”. É a responsabilidade pelo caso fortuito na sua maior “nudez e repugnância”.

Foi COSTA E SILVA o primeiro a impugnar convincentemente, entre nós, o caráter *subsidiário* da legítima defesa (suprimido, por sua influência, no Código de 40). Assim discorria ele, com toda justeza:

“O caráter subsidiário conferido pelo “nosso Código à “legítima defesa é erro que a ciência hoje em dia reprova. “O apelo a terceiras pessoas, como meio de prevenir ou obstar “a agressão, carece de valor, prático e teórico: nos verdadeiros casos de legítima defesa, a rapidez da reação nem sempre “permite pensar nele; e só o poder público, e não os particulares, tem obrigação de atender ao pedido de auxílio. A “fuga não pode ser imposta ao agredido ou ameaçado, embora “sem perigo e sem humilhação. Só mal entendida moral cristã “(*charitas christiana*) pode pretender que por essa forma se “avilte o direito perante a injustiça. Pode o prudente aconselhar ao fraco que se dobre covardemente à injustiça; mas

“ao Estado não fica bem exigir dos cidadãos que assim procedam, pois seria arvorar a poltroneria em dever jurídico.”

Foi também ele que deitou a pá de cal sobre a *presunção absoluta* de legítima defesa, no caso de violação de domicílio:

“Imperdoavelmente contraditório seria o legislador brasileiro se, exigindo para a legítima defesa da própria vida as condições restritivas do art. 34 (do Código de 90), as dispensasse em hipótese de igual ou menor gravidade, de simples periclitção desse bem ou de lesão de bens de inferior valia (como a violação de domicílio)”.

O seu comentário sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes veio pôr em dia a nossa doutrina sobre o assunto. Defendendo a adoção de uma *cláusula generalis* a respeito dos *accidentalia delictii*, foi um convencido paladino do relativo *arbitrium judicis* (consagrado, afinal, no Código de 40):

DAS PENAS

“Todos os escritores de política criminal estão de acordo em opinar que a individualização da pena não pode ser feita somente pela lei. É sobretudo obra do juiz, o qual necessita, para bem desempenhar-se dessa espinhosa tarefa, das mais amplas faculdades. Ora, a enumeração limitativa das circunstâncias atenuantes e agravantes cerceia e embaraça a livre atividade dos juizes. O sistema (do Código de 90), portanto, não corresponde às hodiernas exigências da prevenção especial. Andam mui sabiamente as legislações que, em vez dele, adotam o de subministrar aos juizes indicações gerais e abstratas, que lhes deixem a necessária liberdade na determinação da medida da pena.”

E, em outra passagem, acrescentava:

“Durante longo tempo se considerou ótima a lei que menos ensanchas deixava ao arbítrio judicial. Bacon pôs isso em máxima. Contra semelhante desconfiança se ergueram de balde vozes autorizadas. Hoje a convicção dominante é de que sem liberdade de ação não pode o juiz criminal desem-

“penhar proveitosamente, com eficácia, a sua importantíssima missão. Ainda há pouco, perante o parlamento alemão, afirmou o insigne professor KAHL: “. . . sem liberdade do juiz “na determinação da pena, não pode o direito penal atingir “o seu supremo escopo”.

Seu estudo sobre o capítulo das penas é uma das mais refletidas e bem informadas páginas da nossa literatura sobre o direito repressivo. Intransigente opositor da pena de morte, assim se pronunciava, incisivamente:

“. . . para livrar-se dos delinquentes, ainda daqueles que “mais perigo oferecem, não necessita a sociedade de sacrificar a vida alheia, sendo assim a primeira a dar o deplorável “exemplo de menosprezo ao bem supremo da existência”.

Pleiteava o repúdio das penas de curta duração e opinava pela faculdade, outorgada *cum grano salis*, do perdão judicial. Impugnava o conceito de que o livramento condicional é um *mero favor*, inclinando-se pelo reconhecimento do seu caráter de *direito*:

“É inegável que com isso lucraria a eficácia do instituto. “Não se pode com verdade dizer que o condenado tem as “chaves da prisão nas mãos (como se exprime GARRAUD) “quando o livramento condicional é um simples favor e não um direito”.

Tratando do *concursum delictorum*, foi o primeiro entre nossos penalistas a mencionar, na conceituação do crime continuado, a teoria puramente objetiva que, ainda por sugestão sua, veio a ser consagrada no Código de 40.

ANALOGIA

Infenso à analogia penal, erguia seu nobre espírito liberal contra o ferrenho direito penal autoritário que, na Alemanha, renegara a escola lizteana, abolindo o *nullum crimen, nulla poena sine lege*:

“Somos intransigentemente contrário à admissão da analogia (que se distingue essencialmente da interpretação extensiva) em matéria de incriminação de fatos e cominação

“de penas. Não nos abalam os argumentos com que os adeptos da opinião oposta tentam sustentá-la. Os de ordem política não merecem confutação. Quem considera a liberdade individual como coisa de somenos valia, diante dos interesses da coletividade, quem atribui a este predominância sobre aquela não tem realmente motivo para temer o emprego da analogia, na esfera do direito punitivo. São conseqüentes os escritores da escola nazista. Alegam os defensores da aplicação analógica da lei penal que os perigos e maus resultados desse método podem ser evitados com a adoção de cautelas adequadas. Infelizmente nenhuma das cautelas propostas é suficientemente garantidora. Representam elas óbices bem frágeis, barreiras que, sem maiores dificuldades, serão transpostas pelo arbítrio judicial. Quando se recorre, como faz o nazismo, ao critério do “são sentimento do povo” ou à “consciência popular”, oscilam e se confundem os limites entre a auto-integração e a extra-integração da lei. A repressão punitiva passa a ser regulada não pela vontade objetiva da lei, mas pelas variáveis e transitórias orientações da consciência coletiva . . .

“Deve o nosso direito, inspirando-se no exemplo dos regimes antiliberais, abandonar esse princípio (da proibição da analogia penal)? Apesar da íntima correlação que existe entre o problema da analogia no direito penal e as idéias políticas fundamentais, dominantes em certa época, temos que será passo errado, de desastrosas conseqüências, a renúncia à benéfica garantia que os nossos antepassados criaram contra os abusos do arbítrio judicial e em prol da “segurança do direito”.

ELABORAÇÃO DO CÓDIGO PENAL VIGENTE

Extenso e profundo foi o influxo de COSTA E SILVA na elaboração do projeto do atual Código Penal brasileiro, resultante da revisão do projeto ALCÂNTARA MACHADO. Em eruditos e percucientes artigos publicados no “Jornal do Comércio” *

* N. da R. — Publicados na *Revista Forense*, v. 80, pág. 243.

desta Capital, coubera-lhe a primazia de séria crítica ao trabalho do professor e político paulista. Já nomeada a Comissão revisora, o então ministro da Justiça FRANCISCO CAMPOS, por sugestão minha, resolveu convidá-lo para cooperar na ingente tarefa, e fui eu próprio designado para portador do convite. Não o conhecia pessoalmente. Como me houvessem informado que era pessoa de gênio enfarruscado e pouco sociável, foi para mim gratíssima surpresa quando, ao procurá-lo no seu retiro da rua Tomás Carvalhal, em São Paulo, deparei com um homem acolhedor e amável, de coração à flor da pele, sem o mais remoto laivo de orgulho ou pretensão. Ao fim de pouco tempo, era como se fôssemos velhos amigos. Tinha razão JIMÉNEZ DE ASÚA quando disse de COSTA E SILVA que *era un deleite escucharle*. Pela extrema lhaneza do trato, havia nele mais de mineiro que de paulista. Sua estada em Minas Gerais, para onde o levara o grande presidente JOÃO PINHEIRO, como juiz municipal da comarca de Caeté, afeiçoara-o à espontânea simplicidade da gente montanhosa. Conversamos no idioma que se fala no Estado central, de onde sou nativo. A princípio, objetou-me que a defesa do projeto ALCÂNTARA estava assumindo um caráter de política pessoal e de tal modo intolerante que até o descoroçoara de prosseguir nos seus artigos para o "Jornal do Comércio". Havia também o seu mau estado de saúde: submetido a uma cistostomia, não se encorajara à subsequente remoção da próstata, preferindo a continuidade de uma drenagem que, pelo incômodo produzido, o retinha constantemente em casa e lhe sacrificava a capacidade de trabalho. Pude, entretanto, com a minha instância, convencê-lo de aceitar a incumbência de uma supervisão da atividade da Comissão revisora, sem afastar-se de São Paulo. De como se desempenhou da missão di-lo a magnífica dissertação crítica que, sob o título "Ligeiras observações", enviou à Comissão, bem como a correspondência que comigo manteve assiduamente. Como sempre, demonstrou a opulência dos seus conhecimentos e o esmero da sua técnica. Só em breve escorso poderei, no espaço de uma conferência, fixar, e assim mesmo *per summa capita*, os pontos de vista

por ele defendidos, a maioria dos quais acabou prevalecendo no projeto definitivo do Código.

Começou ele pela questionada disciplina dos *crimes a distância*, aconselhando mais precisão na fórmula da *teoria da ubiqüidade*, que reconhece equivalência entre o lugar da atividade criminosa e o da produção do resultado, ainda que, quanto a esta, fosse outra a intenção do agente. Cumpria fazer incidir sob a lei brasileira não só o crime que no território nacional “devia produzir”, senão também aquele que neste “produziu” seus efeitos, embora em divergência com o plano criminoso.

A advertência foi aceita pela Comissão.

Em discrepância com a Comissão, refutou a impunibilidade da tentativa de crime culposo, citando o exemplo de FRANK, relativo à hipótese de legítima defesa putativa por erro inescusável e assim ponderando:

“Se o crime tentado pode ser um homicídio, como nesse exemplo, não posso acabar comigo em que se lhe decrete a impunidade, como faz o projeto (substitutivo). Por que a tentativa de um homicídio culposo não há de sofrer castigo?

“É por acaso coisa mínima?”

No projeto definitivo foi acolhida a sugestão, suprimindo-se o dispositivo criticado.

DOLO EVENTUAL

Versando a questão do dolo, e em resposta a uma consulta minha sobre o que pensava acerca da equiparação entre o dolo eventual e a culpa consciente, assim discorreu, magistralmente:

“O dolo eventual não é uma criação puramente doutrinária.

“É uma realidade. Não pode ser abolido sem deixar enorme lacuna. Conhecem-no todas as legislações que já lograram desvencilhar-se do antigo dolo indireto. Não está nesse número a italiana. O que caracteriza o dolo eventual é o elemento voluntário representado pela aprovação ou

“aquiescência do agente. Na culpa consciente esse elemento “não existe. . . A *Einwilligungstheorie*, nascida e desenvolvida “na Alemanha (onde mais se tem aprofundado a doutrina “do dolo), está hoje grandemente espalhada. Os ataques de “DIJK e GROSSMANN não a abalaram. Ela penetrou *stark in* “*solchen Länder die ihr bisher abweisend oder indifferent* “*gegenüberstanden* (SCHAFFSTEIN, “Die Behandlung des Schul- “*arten im ausländischen Strafrecht seit 1908*”, pág. 643). É “necesário que os códigos definindo o dolo se refiram *expressis* “*verbis* (como faz, por exemplo, o Código polaco) ao dolo “eventual? Respondo com HAFTER: não. Desde que se diga “que age “dolosamente quem pratica o fato com conheci- “mento (consciência) e vontade, está compreendido o dolo “eventual. Para afastar quaisquer dúvidas, todavia, será con- “veniente completar o pensamento. Tenho aqui diante de “mim o projeto austríaco de 1927 (KADECKA). A segunda parte “do art. 317 declara: “*oder die Verwirklichung zwar nur für* “*möglich hält, jedoch für das Fall der Verwirklichung mit* “*ihr einverstanden ist*”. O projeto ALCÂNTARA confunde dolo “e intenção. Isso é muito comum. Mas em um Código de nosso “tempo, em que a técnica jurídica deve ser rigorosamente “observada, cumpre evitar a confusão. A intenção é uma es- “pécie de dolo — *die siharfste Vorsatzart* (HAFTER, “Lehr- “buch”, I, pág. 111); mas não é dolo”.

PRETERINTENCIONALIDADE

Foi com vigor que se manifestou contra a “preterinten- cionalidade”, que o projeto ALCÂNTARA fora buscar ao Código italiano. Dizia-me em carta:

“Sabe muitíssimo bem o meu ilustre colega que ela não “passa do antigo e desacreditado *dolus indirectus*. A ciência “alemã, mais adiantada, em matéria de dolo, do que qual- “quer outra, de há muito desprezou essa espécie de dolo.

“Só os italianos, por amor próprio, continuam a man- tê-la.”

E em outro tópico:

“Não me conformo em que, no nosso vindouro Código, “em que se deve revelar o nível da nossa cultura jurídico-criminal, apareça essa velharia. A inclusão do elemento “da previsibilidade do resultado pouco adianta. Caímos “na *culpa dolo determinata*, repudiada pelo seu próprio criador (FEUERBACH). A verdade científica é esta: a culpabilidade é dolosa ou culposa (sentido estrito). O dolo, uno na “sua essência, é direto ou eventual; a culpa é consciente ou “inconsciente”.

Referindo-se a um livro de STEFANO RICCIO, cuja leitura viera de fazer, no estudo desse tema, fez-lhe crítica cerrada:

“Foi uma decepção. Teve, porém, uma “utilidade: fortaleceu-me a convicção de que a preterintencionalidade não “merece as honras que os italianos e seus imitadores lhe “tributam. Para justificar a existência da “preterintencionalidade, procura o autor distinguir o crime preterintencional do agravado pelo resultado. Em substância, a distinção “é esta: o delito *praeter intentionem* viola um único bem “jurídico, embora com maior extensão; o delito agravado “pelo resultado viola mais de um desses bens. Transcrevo-lhe “as palavras: “*Mentre il delitto preterintenzionale è reato “strutturalmente unico e autonomo, in cui la lesione giuridica è unica, realizzandosi sul piano dello stesso bene, “invece il delitto aggravato dall’evento è reato qualificato “dalla circostanza del verificarsi dell’evento diverso non voluto, “derivato da quello evento*”. O delito pretencional é “*nella “sua struttura qualificativa omogeneo a quello che si prevede “e si vuole*”. Em síntese e com a máxima clareza: no delito “preterintencional só há um bem jurídico violado, e o evento “ou resultado é *querido*. No delito qualificado pelo resultado “os bens jurídicos violados são diversos e o evento ou resultado não é *querido*. Não sei como se possa seriamente sustentar identidade do bem jurídico da integridade “corpórea “com o da vida. E se tenha a coragem de qualificar de *querido* (doloso) o resultado que foi além da intenção. A teoria de Riccio não é nova. Precederam-no MANZINI, MARSICO “e outros. Não passa de mais uma tentativa para salvar a

“*preterintenzionalità*. É muito sabida a marcha evolutiva “desse instituto, que se enquistou no direito italiano. Criado “pelos práticos da Idade Média, sofreu profunda modificação “nos fins do século XVIII. Combatido, deu lugar à categoria “dos delitos agravados pelo resultado. Durante longo tempo, “não se exigia, quanto a este, qualquer grau de culpa (*sensu lato*): Hoje domina a idéia contrária: *keine Strafe ohne Schuld*. O homicídio preterintencional não é mais do que “o crime de lesões pessoais agravado pelo resultado. Este deve “ser previsível. Está o professor Riccio com a verdade, quando “escreve: “...*requisito mínimo per l'arrematadione della responsabilità è la prevedibilità*”.

RESPONSABILIDADE SEM CULPA

Exaltadamente dependeu a adoção expressa do princípio *nulla poena sine culpa*. Pode dizer-se que foi o seu *ponto de honra*. Não me furto ao prazer de ainda transcrevê-lo:

“Entendo que o futuro Código, para não incorrer na “pecha de atrasado, deve repelir toda responsabilidade sem “culpa (a *Erfolgshaftung* dos alemães). Assim o exige a cons- “ciência jurídica do nosso tempo. Assim o aconselha uma sã “política criminal. O Código polaco legisla a respeito na parte “geral. Diz o § 2 do art. 15: “*Les consequences de l'acte qui “entraiment une pénalité aggravée, ne sont prises en consi- “deration qui si l'auter les prévoyait ou devait les prévoir*”. “O suíço preferiu fazê-lo na parte especial, dispondo no “art. 124: “*Hat der Täter die schwere Folge, die er verurs- “acht, weder verursachen wollen, noch vorausschen können, “si gilt für ihn die Strafe der Körperverletzung, die er verurs- “achen wollte*”. Sem dúvida, o primeiro método é o melhor.

“Qual a fórmula a ser acolhida? Proponho a seguinte:

“Pelos resultados que agravam especialmente as penas “só responderá o agente que os houver causado pelo menos “culposamente”.

A Comissão, a princípio, concordou em inserir o seguinte dispositivo: “Pelos resultados que agravam ou aumentam es-

“pecialmente as penas não responde o agente, quando derivados de caso fortuito”; mas, posteriormente, resolveu suprimi-lo, considerando-o supérfluo, não já deixará de ser repetida a vetusta fórmula do § 6.º, do art. 27 do Código de 90, que só atribuía ao *casus* efeito excludente de pena quando o agente não estivesse incidindo *in re illicita*; não já porque se repelia a culpa *ex lege*, ou não já porque se acolhera expressamente o princípio de que, salvo os casos expressos de punibilidade a título de *culpa*, ninguém responde pelo crime senão a título de dolo, mas porque, segundo a própria regra adotada sobre a causalidade física, o resultado não podia ser imputado ao agente quando produzido por caso fortuito. Como lhe desse eu a explicação, COSTA E SILVA replicou:

“Peço licença para ponderar que uma invocação de tamanha importância não pode ficar simplesmente implícita. Do sistema do projeto não me parece que se possa deduzir, com segurança, que se tenha querido acabar com o que alguém apelidou “o escalracho da responsabilidade sem culpa”. É mister deixar este ponto fora de toda dúvida. A jurisprudência é rotineira. Continuará a aplicar a lei de acordo com as idéias tradicionais”.

Sua inconformação refletiu-se ainda numa nota à pág. 9 do seu livro póstumo “Código Penal” (1943), em que lamenta a teimosia da Comissão revisora em não seguir-lhe o conselho.

CRIME CULPOSO

Foi também reiteradamente que propugnou por uma conceituação unitária da culpa *stricto sensu*, propondo o seguinte texto, em substituição à fórmula casuística adotada pela Comissão: “Diz-se o crime culposo quando o agente, deixando de observar a diligência a que era obrigado, não prevê o resultado, que podia prever; ou, prevenendo-o, confia em que “ele se não verifique”. Delineava-se, na última parte, a culpa consciente, cuja menção, segundo ponderava, correspondia a uma evidente necessidade, para ficar traçada a linha demar-

catória entre o dolo e a culpa. Tendo a maioria dos membros da Comissão insistido na primitiva redação, voltou ele à carga, declarando-me em carta:

“A oposição da maioria da Comissão a um conceito unitário da culpa não me parece que tenha razoáveis fundamentos.

“Deixar à doutrina e à jurisprudência a tarefa de decidir qual o verdadeiro conceito dessa forma de culpabilidade é procedimento talvez cômodo, mas que não pode merecer louvores. O assunto é controvertido (não tanto quanto se supõe, pois só duas teorias realmente se defrontam: a da previsibilidade e a da causalidade eficiente); mas é isso que aconselha o legislador a manifestar-se com clareza.

“Muito bem escreveu CASTORI, na sua monografia acerca da tentativa, inserta no “Trattato”, de COGLIOLO: “*A me pare che quanto più la scienza è oscillante tanto più il legislatore ha il dovere di parlare chiaro, onde evitare di essere interpretado oggi in un modo e domani in altro, a seconda dei diversi criteri scientifici prevalenti*”. Não posso esquivar-me a outra transcrição. O trecho é de Rocco (“Lav. prep.”, IV, “1.ª parte, 117): “*...adossare la responsabilità della risoluzione di problemi gravissimi alla dottrina e alla giurisprudenza è, da parte del legislatore, una vegliaccheria intellettuale*”. A frase final não deixa de ser bastante áspera. “Mas já alguém disse muito bem que a verdade é como ca-beça de macela: quando não amarga, não presta. Um dos pontos mais importantes, em matéria de culpa (s. s.), é a delimitação desta. Isto só se consegue satisfatoriamente com uma definição genérica, onde apareça a distinção da culpa em consciente e inconsciente (com previsão ou sem ela).

“O futuro Código não será obra perfeita se mantiver a tricotomia — imprudência, negligência, imperícia”.

Não se resignou com a fidelidade da Comissão à fórmula casuística e, no seu ulterior comentário ao novo Código, assim se exprimiu:

“O Código atendeu à resolução da 1.ª Conferência de Criminologia, que se efetuou, no Rio, em 1936, mantendo,

“quanto a culpa, a redação do Código de 1890 (art. 297, com “exclusão da frase “na sua arte ou profissão”. Não foi feliz. “Ficou indefinida a verdadeira essência da culpa. Nenhuma “referência fez à culpa consciente. Essa referência era necessária. Bem o compreendeu o Código italiano”.

ERRO DE DIREITO

Increpando de retardatário o critério da irrestrita irrelevância do *erro de direito*, sugeriu que se introduzisse o seguinte preceito: “Quando o agente, praticando a ação ou “omissão, tiver fundados motivos para supô-la lícita, nenhuma pena lhe será imposta. Se culposamente incorrer em “erro, reduzir-se-á de um a dois terços a pena cominada para “a mesma ação ou omissão”. E explicava:

“A frase *fundados motivos*, que também pode ser “razões “suficientes”, corresponde à do Código suíço — *zureichenden “Grunden*. Inspirei-me; quanto ao conteúdo do dispositivo, na “lição de VON HIPPEL. Como ele argutamente pondera, o erro “culposo de direito (*Rechtsfahrlässigkeit*) não é a execução “culposa de um delito (*Tatbestandsfahrlässigkeit*).

“A pena do primeiro deve ser a do crime doloso, embora “algum tanto reduzida”.

Retrucando a uma objeção minha, escreveu-me:

“Diz-me o colega “Julgamos perigosa, entre nós, a abolição do caráter irrestrito dessa irrelevância (do *error juris*)”. “A abolição, como eu propus, não me parece que possa oferecer perigo. A eficácia do *error juris* só se verificará quando “o agente tiver *fundado motivo* para supor a ação permitida “(lícita). Isso não poderá acontecer na grande maioria dos “crimes, naqueles que trazem em si mesmos o cunho de “imorais. O *error juris* ficará limitado aos delitos de criação “política. E só quando não for atribuível à culpa. O projeto “muitíssimo confia da magistratura. O arbítrio que ele lhe “concede na fixação da medida da pena é enorme. Por que “recrear que ela não saiba cumprir o seu dever, em se tratando “do erro ou ignorância de direito?”

Como se sabe, a Comissão acedeu em admitir a relevância do *error juris* em matéria de contravenções.

OUTRAS SUGESTÕES

Discorrendo sobre a fórmula da *legítima defesa*, expendeu conceitos tão razoáveis que a Comissão não vacilou em endossá-los. Foi por sugestão sua que se aboliu a subsidiariedade da *inculpada tutela*. E hoje, com três anos de experimentação do Código, lamento que não tivéssemos aceito a sua fórmula sobre o *excessus defensionis*: “Quando forem “excedidos os limites da legítima defesa, responde o agente “por dolo ou culpa, mas poderá o juiz, atendendo às circunstâncias, reduzir de um a dois terços a pena a ser aplicada”.

Sobre a tormentosa questão da responsabilidade penal, a contribuição de COSTA E SILVA foi de molde a provocar uma radical contramarcha da Comissão, conforme já tive ocasião de acentuar, em conferência sob o título “A responsabilidade em face do novo Código Penal”, proferida na Sociedade de Criminologia. *

A simplificada redação do preceito sobre a *co-autoria*, tal como ficou no projeto definitivo, foi também inspiração sua.

Ao ingressar no capítulo das penas, pleiteou ardorosamente pelo isolamento inicial, na execução das penas privativas de liberdade, contrapondo-se ao ponto de vista de ROBERTO LIRA que prevalecera a princípio, sem restrições, no seio da Comissão:

“Considero da maior necessidade” dizia ele “a segregação “absoluta durante a primeira parte da pena. Essa segregação “temporária está em vigor onde quer que domine o regime “progressivo. É a primeira etapa de execução da pena, destinada a dar ao sentenciado uma forte impressão da seriedade do castigo e a proporcionar à administração penitenciária dados de que ela necessita para a exata classificação “do mesmo sentenciado”.

* Publicada na *Revista Forense*, vol. 93, pág. 5.

A Comissão cedeu em parte, restabelecendo o confinamento, como período de prova, no sistema da pena de reclusão.

O setor das agravantes e atenuantes mereceu-lhe especial cuidado, e muitas das suas sugestões foram acolhidas. Foi por insinuação sua que a Comissão rejeitou o critério de cota prefixa de aumento ou diminuição decorrentes dos *accidentalia delicti*. Dizia ele:

“O projeto ALCÂNTARA fixa aritmeticamente a proporção “do aumento ou da diminuição. Cerceia, pois, a liberdade do “juiz. Está muito atrasado. Mais de acordo com as modernas “idéias a respeito do arbítrio judicial é o projeto SÁ PEREIRA “(antes e depois da revisão)”.

Impugnando a inclusão da “culpa consciente” como agravante enviou à Comissão, que acabou em franca rendição, uma pequena monografia, em que não se sabe o que mais admirar: se a vastidão da cultura, se a pujança da argumentação ou o primor do estilo. São páginas preciosas, que ainda publicarei, quando tiver de coligir os “trabalhos preparatórios” do Código vigente.

Múltiplos foram seus reparos ao capítulo das “medidas de segurança” e ao da “extinção da punibilidade” (rubrica por ele sugerida).

Sobre uma das causas extintivas da punibilidade, o *subsequens matrimonium*, enviou dissertação interessantíssima.

Extensa foi, igualmente, a sua contribuição na “parte especial” do “substitutivo” (nome que ALCÂNTARA MACHADO dera ao projeto revisto); notadamente quanto aos “crimes contra a pessoa” e aos “crimes contra os costumes”.

Foi a seu conselho que o impropriamente chamado “homicídio preterintencional” passou para o setor das “lesões corporais”. Assim dizia ele:

“Fala o n.º I do § 3.º (do antigo art. 311 do substitutivo”) em *homicídio preterintencional*. É uma velharia. O “homicídio *praeter intentionem* não é homicídio. É o crime “de lesões corporais seguido de resultado mais grave. Esse “resultado, se culposos (previsível, não previsto) deve ser imputado ao agente; se, filho do acaso (imprevisível), não pode

“ser posto em conta do mesmo agente. Um Código Penal digno “de nosso tempo não pode dar acolhida ao arquivelho dolo “indireto”.

A previsão do *homicídio privilegiado* antes da do *homicídio qualificado* foi por ele reclamada:

“O parágrafo que trata da figura do homicídio especial-mente atenuado não se acha, a meu ver, no lugar mais pró-prio. Esse crime é uma espécie do homicídio comum definido “na parte inicial (na *cabeça*, diria o Dr. ALCÂNTARA) do artigo “Deve, portanto, o § 2.º vir logo após essa parte. A pena cuja “redução o parágrafo permite é a do homicídio comum. Co-locado esse parágrafo depois do relativo ao homicídio qua-“lificado (especialmente agravado), dúvidas podem surgir na “prática”.

No tocante à licitude do aborto de estuprada, aconse-lhou prudência:

“A impunidade do aborto provocado pela própria gestan-“tante, quando a gravidez provenha de estupro, afigura-se-me, “em mais de um sentido, perigosa. A origem da gravidez dará “lugar a muitíssima discussões. A prova será sempre difícil. “O abortamento, sem a exigência de intervenção de pessoa “habilitada, porá freqüentemente em perigo a vida ou a saúde “da gestante. Melhor fora reconhecer a impunidade apenas “no caso de ser o aborto provocado pelo médico. O projeto “checoslovaco, apesar de admitir em larga escala o aborto, “só lhe declara a impunidade em caso de estupro, se praticado “por pessoa habilitada. E não se contenta com isso: exige “que seja indubitável a proveniência da concepção: “quando “é indubitável que a concepção se deu por estupro” (§ 286). “Penso que no nosso projeto se deve incluir uma coisa seme-“lhante. Dir-se-á, por exemplo: “Quando a gravidez resulta “provadamente (indubitavelmente) de estupro.

“O médico, diante dessa cláusula, precisa estar certo “da verdadeira origem da gravidez. Procederá levemente, “criminosamente, o médico que se contentar com afirmações “da gestante ou de outros interessados”.

Também neste ponto, a Comissão lhe ouviu, em parte, a advertência.

Criticando a fórmula primitiva do projeto revisto sobre o crime de “sedução”, assim se externou:

“No capítulo relativo à *sedução e corrupção de menores* “sublinharei o seguinte: chamando-se *sedução* a primeira “das figuras criminosas aí descritas, era natural que, no respectivo conceito, entrasse essa idéia (a sedução). Veja-se “quão mais perfeito é o modelo suíço: “*Wer eine Unmündige... durch Missbrauch ihrer Unerfahrenheit und ihres Vertrauen zum Beischlaf veführt...*” Aliás a cláusula *durch “Missbrauch* etc., cláusula incompleta, é perfeitamente dispensável. Não a insere, por exemplo, o Código alemão. Na “idéia de sedução está incluída a do abuso de inexperiência, “confiança, fragilidade etc. da menor.”

Seria prolongar indefinidamente esta conferência se me empenhasse na tarefa de esmiuçar todo o *apport* com que COSTA E SILVA contribuiu para o projeto que se transformou no atual Código Penal. Não há talvez um só dos seus dispositivos que se não ressinta, quer na essência, quer na forma, pelo menos de um retoque seu.

CONCLUSÃO

Resta-me, porém, falar, de relance, acerca de sua obra póstuma: os seus comentários sobre o novo Código. Até agora, somente o primeiro volume foi publicado. Ele aí está nas mãos de quantos se interessam pelo direito penal no Brasil. Ressai entre os mais perfeitos livros que já se editaram sobre o vigente diploma penal. Não há ali uma palavra de mais ou de menos. É uma construção técnico-doutrinária do mais alto valor. É um fio de Ariadne a guiar-nos a salvo não só por entre os litígios da ciência penal, senão também por entre os equívocos e mal-entendidos provocados por uma sôfrega literatura conseqüente ao advento do novo Código. É certo que num ou noutro ponto discordo do pranteado mestre; mas sou o primeiro a reconhecer que se trata de questões ainda em pleno debate. Assim, por exemplo, o *capt tempestarum* do prévio cálculo da pena-base, separadas as circuns-

tâncias judiciais das circunstâncias legais. Já em carta que me dirigira, pouco antes do seu falecimento, notificara-me da divergência, que depois apareceria no seu livro. Lamentava a dificuldade na aquisição do livro de ROBERTO LIRA (edição da "Revista Forense") sobre o capítulo das penas, e declarava: "...interessa-me bastante a opinião do Dr. LIRA sobre a "exegese do art. 50. Pesa-me estar em desacordo com o meu "caro amigo a respeito da maneira de fixação da medida da "pena, e queria ter a meu lado uma autoridade do calibre "(estilo de nossos dias) do Dr. LIRA". Não fora a firmeza da minha convicção, e eu teria bandeado para o campo adversário...

Quem conhecia a crescente agravação da moléstia de COSTA E SILVA pode avaliar o quanto de sacrifício lhe custou a diligente atividade de colaboração e ulterior análise do Código de 40. Dele se pode dizer que foi inexcedível no concurso para a evolução científica e reforma legislativa do direito penal no Brasil.

E não terminarei esta minha palestra sem recordar que COSTA E SILVA, além de vértice entre os publicistas do direito penal pátrio, foi um magistrado exemplar, cujas decisões representam altos relevos da jurisprudência nacional, pelo seu acendrado espírito de justiça e insuperável erudição. Era, sobretudo, um juiz de rija têmpera moral. Certa vez, como lhe pedissem apontamentos sobre a sua vida, respondeu: "Vida simples, dominada pelo heroísmo mudo da carreira. "Escreveu JHERING (foi, se bem me recordo, na "Finalidade "do direito") que o juiz devia muitas vezes levar a própria "pele ao mercado. Para isso é preciso coragem, a coragem "moral. É esse o predicado máximo do magistrado".

COSTA E SILVA foi uma nobre inteligência e um adamantino caráter ao serviço do direito como sentimento, como idéia e como ação.

CRIME CONTINUADO

SUMÁRIO: *Teoria objetiva. Art. 51, § 2.º, do Cód. Penal. Doutrinas alemã e italiana. Elemento subjetivo unitário. Opinião de ROBERTO LIRA. Definição e requisitos. Condições de tempo e de lugar. Maneira de execução.*

O projeto ALCÂNTARA MACHADO, no seu art. 59 (posteriormente art. 48), assim perfilava o *crime continuado*:

“Quando, na execução do mesmo desígnio criminoso, o agente praticar, numa só ocasião ou em ocasiões diversas, várias infrações da mesma natureza, aplicar-se-á, aumentada de um a dois terços, a pena cominada para a mais grave das infrações cometidas”.

Era, como se vê, a manutenção da teoria *objetivo-subjetiva*, na conformidade do modelo italiano. Como o Código Rocco (art. 81, 2.ª parte) substituíra pela expressão *medesima disegno criminoso*, a locução *medesima risoluzione criminosa* do Código Zanardelli (art. 79), também o projeto ALCÂNTARA cuidara de dizer “mesmo desígnio criminoso”, onde a antiga Consolidação das Leis Penais (art. 66, § 2.º) dizia “uma só resolução”.

TEORIA OBJETIVA

No seio da Comissão revisora, porém, foi, desde logo, preferida a teoria *objetiva* que, no reconhecimento da *continuação*, prescinde de qualquer elemento psicológico, para deduzi-la tão-somente da conexidade objetiva ou homogeneidade exterior das ações sucessivas.

A impugnação da teoria objetivo-subjetiva partiu de COSTA E SILVA, que se manifestou nestes termos, acentuando preliminarmente a controvérsia entre os penalistas:

“Estes, modernamente, se dividem em dois grupos: o dos “que sustentam a teoria *objetivo-subjetiva* e o dos que sustentam a teoria puramente *objetiva*. Exigem os primeiros, “para a existência do delito continuado, além de determinados elementos de natureza objetiva, outro de índole subjetiva. Este é expresso de modos diferentes — unidade de “dolo, unidade de resolução e unidade de designio. Unidade “de dolo — um dolo compreensivo dos diversos crimes (*Gesamtvorsatz*) — só a reclamam alguns criminalistas alemães, em diminuto número, e a praxe do Tribunal do Império (*Reichsgericht*). A grande maioria deles abraça a “teoria objetiva, dispensando, portanto, esse elemento. A respeito desta teoria, muito bem disse MEZGER, 367 (segundo a “versão italiana): “*Questa è la costruzione prevalente nella “dottrina. Essa deduce il concetto di azione continuata degli “elementi costitutivi esteriori della omogeneità. Per lo più, “con taluni addatamenti ai singoli casi, si dà rilievo all’analogia della fattispecie, all’eguaglianza della commissione, “all’unicità del bene giuridico, al nesso temporale, allo sfruttamento della medesima circostanza o della stessa occasione “(Frank) ecc., quali criteri obbiettivi. Effettivamente, questo “criterio puramente oggettivo sembra infatti il più esatto. “L’unicità del dolo — che il Trib. Sup. esige, rifiutando la “semplice risoluzione unica — è ordinariamente una fictio”.*

E COSTA E SILVA prossegueia:

“Está hoje geralmente reconhecido o absurdo da exigência de um dolo único ou de uma resolução compreensiva dos “diversos crimes. O novo Cód. italiano preferiu a *unidade de “designio*. Explica, por exemplo, MAGGIORE (“Principii”, I, “pág. 504): “*È parso al legislatore che nel reato continuato “quella che veramente rimane persistente è l’ideazione e non “già la risoluzione con cui quella si traduce in atto. L’elemento “intellettivo sarebbe la molla dell’attività criminosa, più che “l’elemento deliberativo e volitivo*”. Contentam-se os autores “italianos com palavras. A *ideação* . . . Que se pretende exprimir com essa desusada palavra? Ela significa — dizem os “dicionários — o ato de formar a idéia, a formação desta. “Em acepção figurada, pode ser equivalente a “plano”. Mas

“porventura o delito continuado exige uma ideação especial, “extensiva aos diversos crimes? A tal ideação não vale mais “do que o “dolo único”, a “mesma resolução”. A verdadeira “definição do crime continuado deve orientar-se pela teoria “objetiva. Esta fórmula me parece aceitável: “Quando o agente, com várias ações ou omissões, praticar dois ou mais crimes do mesmo conteúdo, que, pelas condições de tempo, “lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devam ser “havidos como continuação do anterior ou anteriores, impondo-se-lhe-á a pena mais grave em que houver incorrido, aumentada até dois terços”.

Aceitando a sugestão de COSTA E SILVA, a Comissão revisora assim redigira, inicialmente, o dispositivo sobre o crime continuado (primitivo art. 50, § 2.º):

“Quando o agente, com várias ações ou omissões, pratica “dois ou mais crimes da mesma espécie, impõe-se-lhe a pena “mais grave em que haja incorrido, aumentada de um sexto “até dois terços, desde que, pelas condições de tempo, lugar, “maneira de execução e outras semelhantes, devam os crimes “subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro”.

Em crítica ao que ele chamava projeto *substitutivo*, ALCÂNTARA MACHADO impugnou essa fórmula, a cujo respeito indagava: “Quais serão as condições *semelhantes às de tempo, lugar, maneira de execução?*”.

Defendendo seu ponto de vista, explicou a Comissão, na *tréplica* apresentada ao ministro CAMPOS: “No crime continuado, a pena-base é a mais grave das concorrentes, e não “a cominada à mais grave das infrações cometidas (como se “dizia no projeto ALCÂNTARA). Isto, na prática, redundaria em “perplexidade por parte do juiz: dadas as circunstâncias do “caso concreto, uma infração, embora apenas mais gravemente do que outra, pode ser considerada de menor gravidade do que esta. Na configuração do crime continuado, o “*substitutivo* adotou a teoria objetiva, dispensando a *unidade de ideação* (que, como observa MEZGER, não passa de uma “*ficção*) e deduzindo o conceito da ação continuada dos elementos constitutivos exteriores de homogeneidade. Assim,

“pode ser reconhecida a continuação até mesmo de crimes *“culposos*, com grande vantagem sobre a fórmula ALCÂNTARA. Indaga o professor ALCÂNTARA quais são as condições *semelhantes às de tempo, lugar e maneira de execução*, a que alude o § 2.º do art. 50.

“É fácil a resposta: são todas as demais circunstâncias objetivas que indicam a continuação entre a primeira e as sucessivas ações ou omissões. Exemplos: a identidade de favorável situação pessoal, de que o agente se aproveite reiteradamente (como no caso do caixeiro-viajante que indebitamente se apropria, por várias vezes, do dinheiro recebido da clientela); a coesão objetiva entre as várias ações ou omissões, como no caso do indivíduo que não podendo passar de uma só vez a seu *stock* de moeda falsa, consegue introduzi-lo “parceladamente”.

ART. 51, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL

Prevalendo o critério da Comissão, o preceito relativo ao crime continuado teve, afinal, a redação com que figura no Código (art. 51, § 2.º):

“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

Corrigiu-se, dessarte, a fórmula primitiva, que não se referia à hipótese (ainda, a mais freqüente) de penas *idênticas*.

Preferindo a solução da teoria objetiva, a Comissão revisora não fez mais do que ceder à irrepreensibilidade de sua lógica e à evidência de seu acerto. Desde que se reconhece a necessidade de manter a construção jurídica do *delictum continuatum*, cumpre afeiçoá-lo a um critério realístico, prescindindo

dindo-se de um elemento psicológico especial, que na grande maioria dos casos resulta puramente fictício ou convencional, a não ser que se restrinja de tal modo a identificação do crime continuado, que se tornaria quase praticamente inútil a sua permanência no sistema jurídico-penal. É força reconhecer que a *continuação* não deixa de existir ainda quando as sucessivas ações não se apresentem ligadas por um nexu subjetivo formado *ab initio*, chame-se a este “dolo unitário”, “resolução coletiva” ou mesmo “desígnio”.

DOCTRINAS ALEMÃ E ITALIANA

O agente, ao praticar a primeira ação, pode não ter a mínima idéia de praticar outras, ou pode arrepender-se após a prática de cada ação, sem que, por isso, as ações apreciadas em conjunto, na sua homogeneidade objetiva, deixem de apresentar o cunho de continuação. Justamente acentua M. E. MAYER (“Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts”, 1923, pág. 170): “Na realidade, as mais das vezes, o inculpado não faz idéia alguma sobre sua ulterior conduta, de modo que a afirmação do dolo unitário deriva, mais ou menos, de uma ficção” (... *in wahrheit, wird sich der Schuldige aber über agine künftiges Verhalten überhaupt keine Gedanken gemacht haben, sodass die Feststellung des einheitlichen Vorsatz mehr oder semiger auf eine Fiktion hinausläuft*”).

Eis o claro raciocínio de VON HIPPEL (“Deutsches Strafrecht”, II, pág. 543, 1930): “O que se apresenta como decisivo “não é que o agente compreenda sua conduta como unidade “mas, sim, que a ordem jurídica tenha fundamento para concebê-la como tal; ¹ e esse fundamento existe já na homoge-

¹ É o que já acentuava MERKEL (“Derecho Penal”, trad. esp. de DORADO, I, pág. 382): “A unidade (do crime) não pode resultar de “relações meramente subjetivas entre distintas violações jurídicas. “Não pode resultar, por exemplo, da circunstância de que o próprio “delinqüente considere tais violações como ligadas entre si, nem de “que elas sirvam a um fim idêntico que incida fora dos elementos “constitutivos do crime, nem de que a resolução de cometer um crime

“neidade objetiva da conduta, ainda que o agente (como as “mais das vezes acontece) não se represente a continuação ou “se arrependa de cada vez, embora vindo a ceder, de novo, a “idêntica tentação”.”

Um atestado da inconsistência da teoria objetivo-subjetiva é a desinteligência dos seus adeptos sobre o que seja realmente o *quid* psicológico da continuação. O Tribunal Imperial alemão fala em *dolo de conjunto* (*Gesamtvorsatz*), que não significa uma resolução genérica de agir do mesmo modo, sempre que se apresente ocasião propícia (o que para alguns subjetivistas é suficiente para a continuação); o agente deve, de antemão (*VON VORNHEREIN*), abranger no seu dolo todas as ações singulares e o resultado total. A objeção de *VON HIPPEL* (ob. cit., II, pág. 542), porém, é irretorquível:

“De regra, não há um dolo ou resolução de conjunto que “possa ocasionar automaticamente ações separadas no tempo, sejam ou não semelhantes, pois cada ação exige necessariamente uma nova resolução (dolo)”.”

O atual Cód. italiano, para iludir essa objeção, já não fala em *medesima risoluzione*, como o Cód. de 89, mas, segundo já vimos, em *medesimo disegno*. E *MANZINI* assim define o que seja *disegno* (*disigno*): “é um projeto de ação ou omissão, “firme, determinado e concreto, que não resulta apenas da

² “Nicht ob der Täter sein Tun zur Einheit zusammenfasste, sondern ob die Rechtsordnung Grund hat, es als Einheit aufzufassen, ist entscheidend. Dies Bedürfnis aber besteht bereits bei Gleichartigkeit auch wenn der Täter sich — so meist — über die Fortsetzung keine klaren Vorstellungen machte oder far jedesmal Reue fühlte, dann aber erneut der gleichen Versuchung erlag”.

³ “Es gibt zunächst überhaupt keinen Gesamtvorsatz oder Gesamtentschluss, der automatisch zeitlich getrennte Einzelhandlungen hervorrufen könnte, mögen diese gleichartig sein oder nicht. Sondern jede Einzelhandlung erfordert notwendig einen neuen Entschluss (Vorsatz)”.

“se haja tomado simultaneamente com a de cometer outros etc. “O ponto de vista do direito não é o ponto de vista do delinqüente. “O que para este se apresenta como uma unidade não se apresenta “necessariamente, como tal, também àquele”.

“coordenação de uma série de idéias substanciais, mas que “pressupõe, outrossim, a escolha de meios para conseguir um “determinado fim e o prévio conhecimento das condições objetivas e subjetivas, nas quais se desenvolverá a atividade “criminosa” (“Trattato”, II, pág. 557).

Ora, se assim é, rarissimo seriam os casos de crime continuado, de modo que, praticamente, resultaria quase inutilizável essa construção jurídica. A opinião de MANZINI, porém, é formalmente contrariada por outros comentadores do Código italiano, e a controvérsia em torno do elemento psicológico da continuação amplia-se indefinidamente, chegando a perder-se nos confins nebulosos da filosofia e da metafísica. Fala-se em *unidade de ideação*, em *unidade de motivo ou de fim*, em *fim coletivo ou genérico*, em *unidade de juízo*, em *unidade de desejo*, em *identidade de representações*, etc., etc. A “Relazione” de Rocco, justificando a troca do vocábulo “resolução” pela palavra “desígnio”, no conceito do crime continuado, disserta: “*Nel reato continuato quella che veramente rimane persistente è la ideazione, e non già la risoluzione con cui questa si traduce in atto; è l'elemento intellettuale e non già l'elemento deliberativo o volitivo, che sorregge l'attività criminosa*”. Pura logomaquia. Um *desígnio* concreto, ou seja, um *plano de ação* não existe sem *volição*. *Ter um desígnio e não querer* é um absurdo lógico. Nem evita a incongruência a teoria de LEONE (“Del reato abituale, continuato e permanente”, 1933), que começa identificando *desígnio* com *desejo* (*desiderio*), e conclue falando em *unidade de motivo ou de fim* (repetindo o *plura delicta qui tendunt ad eundem finem*, de BALDO), como se este pudesse incidir fora da órbita da *volição*.

O ponto de vista de LEONE é, aliás, uma simples tentativa de solução, pois ele próprio reconhece que o fundamento psicológico do crime continuado *giace in una zona di difficile penetrazione*. PILLITU (“Il reato continuato”, 1936) nega se possa confundir o “mesmo desígnio” com a “identidade de fim”, e contesta MANZINI, dizendo que não é necessária, no conceito de *desígnio*, a previsão das particularidades da ação

ou omissão, para assim concluir: “Por desígnio deve entender-se a ideiação ou programa do espírito de um indivíduo, “que estabelece uma relação de interesse entre uma necessidade e um bem da vida”. Ora, é absolutamente inaceitável que essa remota *ideação*, desprovida de calor volitivo, possa ter relevo jurídico-penal, para servir de liame psicológico da continuação.

PISAPIA (“Reato continuato”, 1938), por sua vez, diverge de MANZINI e de PILLITU e refere-se à *identidade de representações*, acostando-se à velha teoria de PESSINA, que falava em *unidade de consciência*. É na representação — diz ele — que está o *momento* em que as várias ações (do crime continuado) se aliam no espírito do agente. Mas é de ponderar-se que a *representação* é uma atitude inerte do espírito, não pode, por isso mesmo, tornar-se decisivo ponto de referência da conexão de ações humanas.

JANNITTI-PIROMALLO (E.) (“Corso di diritto criminale”, 1932) identifica *designio* com *plano* ou *programa* e, a seguir, com a *cogitatio*: “. . . *il piano o programma criminoso, non corrispondendo a volontà operativa in atto (dolo), è da considerarsi como cogitatio, avente un particolare valore giuridico*”. Mas, por que estranha razão há de a *cogitatio*, ou, seja, na espécie, o fato puro simples de projetar *in mente* a execução de um crime a prestações, adquirir *particular valor jurídico*, para transformar-se em nexos psicológico unitário das sucessivas ações, independentemente da volição que a estas preside? Ou a *cogitatio* se conjuga com a volição, e só então pode ter relevância, ou dela se separa, como etapa autônoma, e é um *nada jurídico*.

ANGIONI (“La premeditazione”, 1933), depois de distinguir entre *designio* e *resolução* (“*il disegno o ideazione stà alla risoluzione come l’abbozzo di un programma stà al proposito di attuarlo o, per dire col Massari, come il momento intelectualistico stà al momento volutaristico*”), discorre: “. . . elemento subjetivo do crime continuado consiste, não na persistência constante e irrevogável da vontade de exercer uma determinada atividade criminosa, mas na persistência da

“ideação, isto é, na persistência da *disposição genérica* de realizar, fracionando-o, um certo empreendimento criminoso, “desde que se apresentem ocasiões propícias”. Ora, de duas, “uma: ou *disposição* é o mesmo que *resolução*, e retorna-se ao campo da volição; ou é mero *pensamento*, e não pode ter consistência para justificar a *unidade* jurídica do crime continuado.

Embora rejeitando a teoria objetiva *por ser contrária ao direito positivo italiano*, LEONE (ob. cit., pág. 269) faz a seguinte confissão:

“... *ad onta degli sforza compiuti della dottrina, de porre un concetto fermo e sicuro di questo estremo del reato continuato, nella pratica giudiziaria sarà, piuttosto, una intuizione del giudice, un criterio di benignità che si verrà imponendo, quasi una finzione di esistenza di questo nesso psicológico, come osservano alcuni scrittori tedeschi. Basta la più piccola esperienza giudiziaria per osservare come resti quasi generalmente senza alcuna dismostrazione concreta l'ammissione de um tale elemento: il giudice, per una intuitiva sensazione e per quel motivo di equità — che, come vedremo, costituisce l'anima dell'istituto — riconosceva quell'identità di resolução col codice abrogato e riconosce quella identità di disegno col codice vigente, che autorizza a fissare la pena in più umani limiti, senza che egli stesso riesca ad avvertire in che consista tale estremo*”.

ELEMENTO SUBJETIVO UNITÁRIO

Deixemos, porém, de parte o trabalho de Sísifo a que se entregam os subjetivistas, na pesquisa de um *momento* psicológico que, antecedendo à volição, sirva de *alma* ao crime continuado.

Preliminarmente, é inteiramente dispensável para a *existência* do *delictum continuatum* a averiguação de um elo subjetivo entre as várias ações. Como se poderia reconhecer esse *quid* psicológico senão deduzindo-o da homogeneidade objetiva das sucessivas ações?

Seria inútil em tal sentido a própria *confissão* do acusado, se não se apresentasse demonstrado o elemento psicológico unitário pela conexidade exterior das ações. Corolário lógico: na identificação do crime continuado, é supérflua a pesquisa de fundamento outro além da homogeneidade ou encadeamento objetivo dos elementos sensíveis da atividade criminosa. É *necessária e suficiente* essa homogeneidade apreciada *ab externo*: a ulterior indagação de um elemento subjetivo unitário é tudo quanto há de mais ocioso. Este singelo raciocínio remonta a VON BAR (*"Gesetz und Schuld in Strafrecht"*, III, pág. 582, 1900): "...o dolo unitário, dado que pudesse ser reconhecido de modo geral, não seria senão um simples *reflexo* das circunstâncias objetivas. ⁴ Se assim não fosse, não poderia ser reconhecido. Por outras palavras: a exigência do "dolo unitário é supervacânea" ("*...so wird der verlangte einheitlich Vorsatz, sofern er überhaupt beachtet werden umstände; ist er dies nicht, so wird er nicht beachtet. Mit anderen Wortens das Erfordernis des einheitlichen Vorsatz ist überflüssig*").

FLORIAN, não obstante adepto da teoria objetivo-subjetiva, não deixa de reconhecer (*"Trattato"*, part. ger., 1926, vol. II, pág. 68) "*che nella vita pratica del diritto il concetto di unicità della risoluzione è piuttosto empirico giacchè mentre logicamente e psichicamente dovrebbe precedere tutti i reati poi commessi ed esserne quasi il preludio, l'esatto accetamento di ciò incontra difficoltà enormi, onde comunemente*

⁴ Em sentido contrário, mas sem razão alguma, ROBERTO LIRA (*"Comentários ao Código Penal"*, vol. II, pág. 37).

Sem a devida atenção, BASILEU GARCIA (*in "Justitia"*, vol. II, ano II, fasc. II) e MAGALHÃES NORONHA (*"Crimes contra os costumes"*, 1943, pág. 521) continuam insistindo na indeclinabilidade da "unidade de desígnio", que seria o único elemento distintivo entre "crime continuado" e "concurso material". Ora, é tão-somente a homogeneidade objetiva das ações que torna possível o discrimine em todos os casos. A unidade de desígnio é meramente eventual. Pode deixar de existir, não obstante a homogeneidade objetiva, e nem por isso deixará de apresentar-se o crime continuado.

della continuazione si giudica a posteriori ed alla stregua di criteri esterni (la successione dei reati nel tempo, ecc.)).

O principal argumento, porém, contra a exigência de um elemento subjetivo unitário no conceito do crime continuado é o de que ela redundava num flagrante contra-senso, um evidente ilogismo. Sabe-se que o crime continuado, fundamentalmente, atende a um objetivo de equidade,⁵ importando uma exceção à regra do “concurso material”, no sentido de uma penalidade mitigada. É um benefício que se instituiu em favor do inculcado, para conjurar, em certos casos, um excesso de pena.

Ao invés de considerar-se na espécie uma pluralidade de crimes com penas acumuladas, em qualquer temperamento, reconhece-se, por ficção jurídica, que se trata de crime *num et idem*, aplicando-se uma pena complexa, mas inferior à que resultaria da soma das penas, se reconhecido o concurso material. Pois bem; o elemento psicológico reclamado pela teoria objetivo-subjetiva, longe de justificar esse abrandamento da pena, faz dele a paradoxal recompensa a um *plus* de dolo ou

⁵ M. E. MAYER e VON HIPPEL pretendem que o crime continuado tenha um fundamento de utilidade, qual o da economia do processo. Diz o primeiro (ob. cit., pág. 167: “... es wäre unzweckmässig, jede einzelne Handlung zu bestrafen, weil dann im Prozess jede einzelne reachgewiesen, also ein unverhältnismässig grösser Aufwand an Zeit, Mühe und Geld setrieben werden müsste. Die Annahme des fortgesetzten Verbrechens ermöglicht, es dahingestellt sein zu lassen, ob der Tatbestand sinmal mehr oder weniger ausfüllt worden ist, und sich mit dem Beweis wiedernolter Verwirklichung zu begnügen” (“seria “inconveniente punir cada ação de per si, por isso que, tornando-se “necessário apurar no processo cada uma delas, haveria um desproporcionado gasto de tempo, de esforço e de dinheiro. A admissão do “crime continuado permite dispensar a verificação do número exato “das várias ações, contentando-se com a prova da repetição do crime”). VON HIPPEL (ob. cit., pág. 536) argumenta do mesmo modo: “Der allein rangbare Weg ist hier vielmehr, eine Anzahl Stichproben zu machen, die den Anfang, die Fortsetzung und den Schluss festlegen und dann zu verurteilen wegen eines fortgesetzten Delikts, wobei die Mehrzahl der Falle bei der Strafzumessung angemessen zu berücksichtigen ist und res judicata auch für die nicht ausdrücklich festgestellten Fälle eintritt.”

de capacidade de delinquir. É de toda evidência que muito mais merecedor de pena é aquele que *ab initio* se propõe repetir o crime, agindo segundo um plano, do que aquele que se determina, de caso em caso, à repetição estimulada pela anterior impunidade, que lhe afrouxa os motivos da consciência, e seduzido pela permanência ou reiteração de uma oportunidade particularmente favorável.

O êxito ou impunidade da primeira ação e a persistência da ocasião propícia exercem uma influência psicológica, no sentido de quebrantar ainda mais a resistência à tentação. Logo, a repetição do *mau passo*, em tais condições, é menos censurável do que a que resulta de um propósito formado de antemão. NINO LEVI (*in* “Il Codice Penale Illustrato”, de UGO CONTI, fâsc. 3.º, pág. 294), depois de acentuar que quem comete a primeira infração não tem, de regra, o propósito de cometer outras, observa:

“...poi per gli allettamenti della impunità, per quella minore volutazione morale che corrisponde alla reiterazione del fatto in confronto al fatto iniziale (e che da' punto di vista psicologico è a mio avviso la giustificazione più efficace della minore ripressione del reato continuato), per il persistente impulso al conseguimento di quello stasso obbiectivo, ricade: vi è reato continuato. Senza di che si arriverebbe a questo assurdo: di punire più gravemente chi abbia opposto una certa resistenza agli impulsi criminosi e magari lottato per resistere, e di beneficiare chi abbia, frigido pacatoque animo fin dal primo momento, concepito tutto lo svo'gimento del disegno criminoso.”

A incongruência da teoria objetivo-subjetiva já era acusada por VON BAR (ob. cit., pág. 586): “Não tem certamente “direito a benigno tratamento, por isso que revela maior intensidade de dolo, aquele que, segundo um único plano (resolução) ou um plano delineado de antemão em seus detalhes, pratica vários crimes da mesma espécie; mas ao contrário, não deixa de ter esse direito aquele que, dada uma “ocasião essencialmente idêntica à em que já uma vez prati-

“cou o crime e sem que nesse meio tempo um sério motivo o “dissuadisse do mau caminho, cede novamente à tentação”. “

No mesmo sentido, M. E. MAYER (loc. cit.): “... tão evidente é o acréscimo de energia que à resolução criminosa “imprime a unidade de dolo, que dificilmente se acomodaria “o benigno tratamento colimado em razão da concepção con- “junta das ações sucessivas” (“... *offenbar wird durch die Einheit des Vorsatz die Energie der verbrenischen Entschlossenheit so geistert, dass die mildere Buerteilung, die durch die Zusammenfassung der Einzelakte wird, schlecht am Platze wäre*”).

MEZGER (“Tratado de derecho penal”, trad. esp. de MUÑOZ, II, 321) igualmente adverte: “... se o agente possuísse “realmente, de antemão, um dolo unitário, por exemplo, de “abusar impudicamente de uma criança em toda ocasião pro- “pícia, tal dolo não seria certamente motivo de atenuação, “mas, ao contrário, de agravação da pena. Precisamente o

⁶ “*Auf mildere Buesteilung hat aber sicher — wegen grösserer Intensität des Dolus — keinen Ausspruch, wer infolge einheitlichen Planes (Entschlusses) oder gar vorher entworfenen detaillierten Planes mehrer gleichartige Verbrechen begeht. Wohl aber hat jenen Anspruch, wer durch eine wesentlich gleichartige Gelegenheit, da er schon einmal das Delikt begangen hat, ohne inzwischen eine ernstliche Abmahnung... zu erfahren weiter die Bahn des Verbrechen zu verfolgen in Versuchung geführt wird*”.

Ao argumento de que a unidade de desígnio é índice de maior intensidade de dolo, responde LIRA (loc. cit.) que “não o seria menos o *motu continuo* celerado que é antes reiteração do que continuação”

Em primeiro lugar, não há *motu continuo* no crime continuado. Este, apesar do seu nome, caracteriza-se, paradoxalmente, pela descontinuidade das ações que o compõem. Além disso, seria interessante saber qual o critério para distinguir entre o *delictum continuatum* e o *delictum reiteratum*, se se abstrai a homogeneidade objetiva das ações singulares.

⁷ LIRA (ob. cit., pág. 376) diz que esse exemplo “não seria de crime continuado, e sim de reiteração, pela nova atitude da vontade”.

Ora, a cada uma das ações do crime continuado corresponde sempre, necessariamente, uma volição particular, tal como se dá no concurso material; mas isso, como é claro (e o proclamam os subjetivistas) não exclue a possibilidade de uma genérica resolução *ab initio* ou um desígnio de conjunto (alheio à volição, como querem

"sucumbir sempre de novo à tentação corresponde, em face "dele, à idéia do crime continuado".

BELING ("Dier Leher vom Verbrechen", 1906, pág. 370), do mesmo modo, desacredita a teoria da *resolução conjunta*": "Uma resolução dirigindo-se, de antemão, à totalidade das "ações, só a tem, de regra, precisamente os piores criminosos, que operam segundo um plano. Não a tem aquele que é "seduzido, iterativamente, pelas várias oportunidades. Assim, "o benefício do *delictum continuatum* não reverteria em favor dos que mais o merecem, e *vice versa*... Para a construção jurídico-penal, tem-se de partir das ações, e não das "fontes psicológicas de que decorrem, pois as ações é que são "puníveis, e não as *resoluções criminais*." ⁸

Por último, é indisfarçável a imprestabilidade ou insuficiência da teoria objetivo-subjetiva quando se tem em vista que ela exclui a continuação no campo da culpa *stricto sensu*, pois nesta não se pode falar em plano criminoso. É de chocante iniquidade que o benefício da continuação seja outorgado aos delinqüentes dolosos e não seja aos culposos, isto é, justamente àqueles que mais devem ter direito a ele." Assim,

⁸ "Einem von vornherein auf das Ganze gehenden Gesamtentschluss werden nämlich in der Regel gerade nur die schlimmeren Verbrecher, die planmässig arbeiten, haben; der durch öftere Gelegenheit wieder und wieder Verführte hat ihn gerade nicht, und so käme die Wohllalt des *delictum continuatum* gerade denen nicht zu gute, die sie am ersten verdienen und vice-versa... Für die strafrechtliche Konstruktion ist eben auszugehen von den Handlungen, nicht von dem seelischen Quell, aus dem sie fliessen; die Taten es, die strafbar, sind, nicht die verbrecherischen Entschlüsse".

⁹ Conforme acentua a "Exposição de motivos" do Ministro FRANCISCO CAMPOS, em face da fórmula do art. 51, § 2.º, do novo Código, "não padece dúvida "a possibilidade de continuação até mesmo em crime culposo, como no exemplo, sempre citado, do motorista que, com o seu veículo em excessiva velocidade, atropela um transeunte e, prosseguindo na carreira desenfreada, atropela outro".

os neosubjetivistas), que a teoria defendida por LIRA declara imprescindível à continuação. O caso figurado por MEZGER, que em face da teoria objetivo-subjetiva (reconhecida a unidade de plano), quer perante a teoria puramente objetiva (dada a homogeneidade considerada *ab externo*) é de típico crime continuado.

por exemplo, a cozinheira que, segundo um plano preconcebido, deita veneno, em dias sucessivos, no alimento da patroa será favorecida pela continuação; mas, se, por mero descuido na limpeza do caldeirão de cobre em que prepara a comida, causa reiterados danos à saúde da patroa, terá de sofrer as penas acumuladas! Basta esse desconchavo de maior benignidade para com o delinqüente doloso, em cotejo com o simplesmente culposo, para justificar o repúdio da teoria objetivo-subjetiva, que só por aferro à tradição ainda persiste no direito penal positivo.

OPINIAO DE ROBERTO LIRA

Ao tomar partido por essa desprestigiada teoria, ROBERTO LIRA, valendo-se de uma breve informação de PISAPIA (ob. cit., pág. 246 e segs.), afirma que “a última palavra da doutrina na Alemanha” a respeito do crime continuado é a opinião de DILLER, que teria negado qualquer razão de existência a essa construção jurídica. Antes do mais, o verdadeiro pensamento de DILLER (“Das fortgesetzte Delikte im Licht der Strafrechtserneuerung” in “Zeitschrift f.d. der Strafrechtswissenschaft”, vol. 56, 3.º fasc. 1936, págs. 361 e segs.) é que o crime continuado deve ser, *de lege ferenda*, considerado uma simples variante ou modalidade do concurso material (*Tatmehrheit*), mas *posto que, quanto a este, se permita uma certa elasticidade na aplicação da pena:*

“O crime continuado deve ser, de futuro, convenientemente apenado na órbita do concurso material, em que se “possibilitara um mais dúctil sistema de punição, a fim de “atender devidamente a todos os possíveis graus de culpabilidade.” (“Das fortgesetzte Delikte wird deshalb zweckmassigerwetz künftig im Rahmem der Tatmehrheit strafrechtlich gehandelt, wobei ein weiterer Estrafrahmen es ermöglichen wird, alle auftonahenden nash Gebühr strafrechtlich zu erfassen”.)

De jure constituto, porém, DILLER não vacila em manifestar-se pela teoria objetiva do crime continuado, impugnando o ponto de vista do *Reichsgericht* e da Comissão Oficial

do Direito Penal alemão (que cedeu à opinião de FREISLER, no sentido da jurisprudência do *Reichsgericht*). Depois de acentuar que, em face do direito penal *voluntarístico*, não vale assentar uma noção, arbitrária e, aprioristicamente, sobre um puro elemento subjetivo, mas, sim, fixar os elementos objetivos dos quais se deduza, com segurança, a maior ou menor intensidade de dolo, conclui:

“Aplicado ao crime continuado, significa isso que, para o “seu conceito, não é de ser exigido, como essencial, o dolo “de conjunto, pois a conexão continuada deve ser, de preferência, apreciada e determinada segundo característicos “objetivos, *uma vez que se reconheça a necessidade de con-“servar esse instituto jurídico-penal”* (“*Auf die fortgesetzte Handlung angewendet hetzer dies, dass der Gesamtvorsatz für deren Begriff nicht als Wesensmerkmal geforden werden darf, dass der Fortsetzungszusammenhang vielmehr nach objektiven Merkmalen auszurichten und zu bestimmen, ist-wenn anders man die Notwendigkeit diestz strafrechtlichen Erscheinungsform fortantbejat*”).

O Código Penal brasileiro, embora conservando a figura do crime continuado, procurou atender ao justo raciocínio que, antes de DILLER, já era formulado por todos os defensores da teoria objetiva: a pesquisa de especial elemento subjetivo, no crime continuado, deve ser feita, de caso em caso, e quando possível, somente para o fim da medida da pena complexa. E a esta imprimiu o Código, no § 2.º do art. 51, a necessária amplitude ou maleabilidade para corresponder o objetivo de seu ajustamento à variedade dos casos concretos.

O que decide para a existência do crime continuado é tão-somente a homogeneidade objetiva das ações, abstraído qualquer nexos psicológico, seja volitivo, seja meramente intelectivo. A unidade de dolo, de resolução ou de desígnio, quando efetivamente apurada, longe de funcionar como causa de benigno tratamento penal, deve ser, como índice de maior intensidade do dolo do agente ou de sua capacidade de delinquir, uma *circunstância judicial* de elevação da pena-base (art. 42).

DEFINIÇÃO E REQUISITOS

Em face do Código, pode ser assim definido o crime continuado: é uma pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva, reconhecível pelas condições de tempo, de lugar, maneira de execução e outras semelhantes. É uma série de ações separadas no sentido natural, mas que, em virtude de sua homogeneidade exterior, é *juridicamente* considerada uma reação. Na verdade, trata-se de uma espécie de *concurso material*, e como tal deveria ser tratado, se a lei, colimando, principalmente, um fim de *equidade*¹⁰ e, secundariamente, um fim de *utilidade* (economia da atividade processual), não entendesse de *fingir* a unidade, com fundamento da aludida homogeneidade considerada *ab externo*.

O primeiro requisito do crime continuado é a prática repetida do *crime da mesma espécie*. Considera-se tal a violação do mesmo artigo da lei penal. É necessária a identidade no conteúdo específico de cada crime ou, como dizem os autores alemães, a *Einheit des Tatbestands*. Não se segue daí, porém, que deva ser excluída a continuação quando se apresentem formas *simples* e formas *qualificadas* do crime, posto que não haja mudança de *nomem juris*. Assim, pode haver continuação entre *furto* previsto no *caput* do art. 155 e *furto* previsto no § 4.º do mesmo artigo; mas já não haverá entre *furto* (simples ou qualificado) e *roubo*. O que se faz mister é que seja idêntico o *tipo fundamental* (*Grundtatbestand*) ou que seja violada, como diz MAYER, a “norma incriminadora principal”. É também fora de dúvida que pode existir continuação entre a forma *consumada* e a forma *tentada* do crime.

¹⁰ CARRARA (“Programma”, prt. ger., § 510): *Data pluralità di azioni, il rigore dei principii avrebbe richiesto che all'autore delle medesime si imputassero tutti, comme altrettanti distinti titoli di delitto. Ciò portando per necessità logica ad una agglomerazione di pene che poteva essere esorbitante, i pratici introdussero la dottrina della continuazione, la quale ebbe lo scopo benigno di considerare i più delitti come un solo delitto continuato*”.

A *tentativa* não é mais do que uma *subespécie* do crime a que diz respeito.

O requisito da *identidade de tipo de crime* importa a *identidade in abstracto*, mas não reclama, necessariamente, a *unidade* do bem jurídico lesado. Esta só é exigível quando se trata de *bens eminentemente pessoais* (*höchstpersönliche Rechtsgüter*), como a *vida*, a *integridade corporal*, a *honra*, a *liberdade*, o *pudor individual*. Neste caso, é obviamente imprescindível que o sujeito passivo seja o mesmo, isto é, que haja unidade do bem jurídico lesado (*Einheit des verletzten Rechtsguts*), pois que, tratando-se de bens que só podem ser lesados *na pessoa* do respectivo titular, não é admissível, sem ofensa ao bom senso, que, diversas as pessoas, a lesão praticada contra uma seja *continuação* da praticada contra outra. Redundaria num absurdo dizer-se, por exemplo, que o homicídio de Tício seja *continuação* do homicídio de Mévio, por maior que seja a conexão objetiva entre um crime e outro. Já ninguém duvida, entretanto, que o homicídio de Tício pode ser *continuação* da tentativa de homicídio que contra ele praticara, na véspera, o mesmo agente. Do mesmo modo, não será continuado o atentado ao pudor praticado sucessivamente contra diversas crianças, mas poderá ser considerado tal se o sujeito passivo é sempre o mesmo.

Em todos os demais crimes, para cuja prática é indiferente (da parte do agente) a pessoa do titular do bem jurídico (por exemplo: os crimes patrimoniais) ou que se dirigem *in incertam personam* (exemplo: crimes contra a saúde pública, ultraje pública ao pudor), basta, como pressuposto da *continuação*, a *identidade* dos bens lesados, pouco importando a pluralidade de sujeitos passivos.

CONDIÇÕES DE TEMPO E DE LUGAR

Vejamos, agora, o que significam as “condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”, a que alude o § 2.º do art. 51, como índices da *continuação*.

A condição de *tempo* é a que na doutrina alemã se chama “conexão temporal adequada”, isto é, uma certa continuidade no tempo (exemplo: o ladrão, no curso de uma noite, subtrai, de vários quartos de um hotel, objetos pertencentes aos diversos hóspedes) ou, pelo menos, uma *periodicidade* tal que não iniba de se observar um *certo ritmo* (como diz MAYER) entre as ações sucessivas (exemplo: o agente várias vezes, no decorrer de um mês, abusa de uma menor).¹¹ Não se podem fixar, a respeito, indicações precisas; mas é de advertir que, se entre uma ação e outra medeia um longo trato de tempo, a continuação só existirá se outras condições positivamente a indicarem. Por outro lado, não se deve confundir a continuidade de tempo com a *contemporaneidade*, que ocorre quando o bem jurídico é lesado repetidamente no mesmo contexto de ação, ou num só processo de atividade. Assim, não há crime continuado mas um fato criminoso essencialmente único no caso do agente que desfere, seguidamente, vários golpes contra a vítima.

A condição de *lugar* é a unidade concreta do *ubi* do crime. Exemplo: certo gatuno pratica um furto na casa X e, estimulado pelo êxito, retorna no dia seguinte à mesma casa, prosseguindo na sua atividade criminosa. É bem de ver que a *diversidade* de local é inteiramente irrelevante, isto é, não impedirá o reconhecimento do crime continuado se outras condições atestarem a homogeneidade objetiva das ações. No caso, por exemplo, do indivíduo que vai de cidade em cidade praticando, *pelo mesmo processo*, uma determinada *fraude no comércio* (art. 170 do C. P.) é de identificar-se a continuação.¹²

¹¹ A relativa continuidade de tempo será irrelevante se não se apresenta conjugada a outros indícios de encadeamento objetivo das ações. Assim, o ladrão que, na mesma noite, assalta casas distintas responde por *concurso material* de crimes.

¹² Dada a unidade jurídica do crime continuado, entende-se que este, para efeitos processuais, é praticado em qualquer lugar onde tenha sido praticada qualquer das ações sucessivas (art. 71 do Cód. do Proc. Penal), embora se considere consumado com a última ação, da qual, portanto, começa a correr a prescrição (art. 111 do Cód. Penal).

MANEIRA DE EXECUÇÃO

A condição referente à *maneira de execução* é a que se traduz na semelhança do modo ou forma de praticar o crime. *In exemplis*: o estelionatário emprega idêntica *mise-en-scène* para enganar, várias vezes, uma firma comercial; o falsário usa do mesmo documento falso contra várias pessoas, sucessivamente; o automobilista, na mesma vertiginosa carreira (isto é, com a mesma imprudência), atropela, sucessivamente, vários transeuntes.

A cláusula “e outras semelhantes” refere-se a qualquer outra condição *objetiva* que possa indicar a homogeneidade das ações. Assim, entre outras, o aproveitamento da mesma ocasião (das mesmas circunstâncias), ou de persistente ocasião favorável, ou o aproveitamento da mesma relação permanente. Exemplos: o doméstico subtrai diariamente charutos ao patrão; o morador da casa fraudada, por vezes sucessivas, o medidor da luz elétrica; o coletor de rendas apropria-se, por várias vezes, do dinheiro do Estado.

Cumprе notar que, via de regra, nenhuma das citadas condições, consideradas isoladamente, possui decisivo relevo sintomático. O caso comum é o da *diagnose* fundada em mais de uma delas.

Não se podem prefixar todas as possíveis condições objetivas indiciárias do crime continuado. Ao prudente arbítrio do juiz, guiado pela fórmula genérica da lei, pela lição doutrinária e pelo entendimento comum, é que caberá, necessariamente, identificar, de caso em caso, a homogeneidade objetiva das ações apreciadas em conjunto. Repita-se que, para a *existência* da continuação, pouco importa que o agente tenha procedido segundo um plano predeterminado. Sem dúvida, há casos em que a *resolução* coletiva é manifesta. Haja visto o caso citado por VON LISZT, do indivíduo que emite pouco a pouco o dinheiro falso que obteve. Não se pode deixar de reconhecer, aqui, que o agente se propôs, *ab initio*, à execução parcelada de um só objetivo. Na impossibilidade de *passar*, de uma só vez, todo o *stock* de dinheiro falso,

resolveu, velhacamente, introduzi-lo *a prestações*. Mas, em casos como este, é ainda a coesão objetiva das ações que decide sozinha, as ações sucessivas, apreciadas *a posteriori*, se apresentam como etapas de um mesmo *iter*. Se não existisse essa coesão reconhecível *ab externo* não haveria crime continuado, ainda que de outro modo se pudesse inferir o designio unitário. Este somente servirá, como circunstância indicativa de intensidade do dolo, para que a pena complexa aplicável (pena-base unificada mais aumento especial decorrente da continuação) se incline na direção do máximo.

ORTOTANÁSIA OU EUTANÁSIA POR OMISSÃO

É sabido que a nossa vigente lei penal desacolhe a tese de impunibilidade do homicídio eutanásico, isto é, do homicídio praticado para abreviar piedosamente os sofrimentos de um doente incurável. Apenas transige em considerá-lo um *homicidium privilegiatum*, um *delictum exceptuam*, facultando ao juiz a imposição de pena minorada, em atenção a que o agente é impellido “por motivo de relevante valor social ou moral”. O nosso legislador de 1940 manteve-se fiel ao princípio de que o homem é coisa sagrada para o homem. *Homo res homini sacra*. A supressão dos momentos de vida que restam ao moribundo é crime de homicídio, pois a vida não deixa de ser respeitável mesmo quando convertida num drama pungente e esteja próximo de seu fim. O ser humano, ainda que irremediavelmente apuado pela dor ou minado por incurável mal físico, não pode ser equiparado à rês pestilenta ou estropiada que o campeiro abate. Nem mesmo o angustioso sentimento de piedade ante o espetáculo do atroz e irremovível sofrimento, alheio, e ainda que preceda a comvente súplica de morte formulada pela própria vítima pode isentar de pena o homicida eutanásico, cujo gesto, afinal, não deixa de ter um fundo egoístico, pois visa também a libertá-lo de sua própria angústia. Nenhum meio artificial pode ser empregado para truncar a existência ao enfermo “desenganado” ou apressar a sua extinção iminente. A Parca inexorável deve agir sozinha, sem acólitos e sem cúmplices. O misterioso fio da vida, seja no embrião humano dentro do claustro materno, seja na plenitude da idade viril, seja nos derradeiros arquejos de moribundo, não pode ser cortado senão pela fiandeira Atropos.

Mas, se assim é, se nenhum artifício é lícito para “ajudar” à Morte, indaga-se: será juridicamente permitida a omissão dos recursos que a medicina conhece sob o nome genérico de “distanásia”, para prolongar a vida? Será penalmente lícita a deliberada abstenção ou interrupção do emprego de tais recursos, ou seja, a prática de “ortotanásia”, que consiste em deixar o enfermo morrer naturalmente, nos casos em que a cura é considerada inviável?

O tema foi recentemente debatido no seminário da Escola de Criminologia da Universidade de Liège, segundo informa SIMONE PELLETIER na “Revue Internationale de Droit Pénal”.

São múltiplos e bem conhecidos os meios *heróicos* de manter a sobrevivência dos agônicos ou preagônicos, ou *distrain* a morte; altas doses de antibióticos, tendas de oxigênio, aplicação de cânulas para possibilitar a respiração, ministração de cardiotônicos poderosos (coramina, lobelina, estriçnina, picrotoxina etc.), transfusão de sangue, hidratação orgânica com soro fisiológico e glicosado, alimentação artificial por meio de sonda gástrica ou clisteres etc. etc.

Suponha-se um enfermo vivendo, exclusivamente, por obra e graça de injeções maciças de penicilina ou de um tubo que ainda lhe permita a inspiração de ar. Pode o médico-assistente, para poupar ao enfermo a dilatação de tormentosa agonia ou preagonia, interceptar a continuidade das injeções ou retirar o tubo, sabendo que, assim, a morte sobrevirá imediatamente ou em prazo mais breve, e querendo isso mesmo, com plena consciência de vontade?

Tenho para mim que a resposta deve ser, categoricamente, redondamente, esta: “não”! Se o fizer, comete um indubitável homicídio doloso, embora com pena atenuada. Várias são as objeções que se podem opor aos adeptos da ortotanásia, que é, no fim de contas, uma eutanásia por omissão, ou se confunde com a própria eutanásia comissiva, quando importe em retirar o aparelho que esteja servindo ao sustento da vida em declínio. Não há distinguir, como eles pretendem, para o emprego, ou não, da distanásia entre vida artificial e vida natural, entre vida vegetal e vida

consciente. Não existe gradação ou meio termo entre vida e morte, que são estados absolutamente antagônicos, inacessíveis a qualquer transação ou entendimento recíproco. Ou há vida ou há morte. Não há “meia vida” ou “meia morte”. Trata-se de *duo contradictorio; non datur tertium*. Ainda que mantida por meios artificiosos ou reduzida à mera extremeção muscular, alheia à consciência, a vida, como diz Poullet, não deixa de ser tal, não chegou ainda ao término do seu curso, que começa no momento da concepção e somente cessa com o “último suspiro”. Extingui-la, ainda quando se apresenta como provocada sobrevida ou um avanço além do “ponto mortal”, previsto segundo *id quod plerum que fit*, é matar. A vida, embora periclitante ou conservada pelo suprimento artificial da quase exaurida resistência orgânica ou fisiológica, não deixa de ser vida, do mesmo modo que não deixa de ser fogo a chama que bruxoleia por escassez de combustível, ou do mesmo modo que não deixou de ser luz a que proveio do sol cujo ocaso teria sido relatado por Josué, segundo a lenda bíblica.

Nem para que a vida seja reconhecível como tal é necessária a consciência individual de viver. Ainda que puramente vegetativa, a vida continua a ser vida: é ainda vida autêntica, vida em curso, vida a palpitar, vida que está animando o corpo.

De outro modo, e levada ao extremo a lógica dos defensores da ortotanásia, a vida de quem se acha em letargia não mereceria proteção. E, pela mesma lógica, deveria ser lícito ou livremente praticável o feticídio ou a ocisão intencional dos idiotas denominados “para-humanos”, cuja vida é igual a das plantas.

Nem sempre, aliás, é verdade que, no estado reconhecido *ab externo* como de simples vida vegetativa, isto é, quando o enfermo se encontra, na expressão de Bossuet, “*aux abois de la mort*”, desaparece a consciência do eu ou do mundo circundante. Já se têm verificado casos de franca aparência de vida vegetativa, acompanhada até mesmo de rigidez semelhante à do cadáver, em que o doente, restabelecido ines-

peradamente, demonstrou ter conservado a percepção do que se passava em seu derredor.

Há, porém, contra o postulado dos ortotanasistas objeção mais séria ou decisiva: afora certos e pouquíssimos casos de incontestável impossibilidade de cura, pelo menos com os meios terapêuticos atualmente conhecidos, nunca se pode prever, com infalível certeza, se e quando a morte sobrevirá ao estado agônico, que pode ser real ou suposto. Há as espontâneas reações orgânicas que se costuma chamar "milagres", restabelecendo-se o enfermo contra toda expectativa. Há prodígios equiparáveis à ressurreição de Lázaro, que, conforme assoalham os inscréus, se teria operado mesmo sem o *surge et ambula* de Cristo, pois o irmão de Marta e de Maria se achava apenas em estado cataléptico. Quando toda a esperança já desapareceu, a natureza revela, por vezes, a sua tau-matúrgica ou inexplicável capacidade de auto-recuperação.

Não se pode duvidar da morte próxima no caso, por exemplo, de encefalomalacia acompanhada de coma *carus*, ou no de rematada caquexia cancerosa, com metástases em vários departamentos orgânicos; mas, mesmo admitida a segurança de previsão do evento letal em tais casos extremos, é preciso não esquecer a possibilidade de erros de diagnóstico ou de prognóstico, que levam os médicos, freqüentemente, a tomar a nuvem por Juno. O Prof. CABOT, dos Estados Unidos, nos apresenta uma estatística verdadeiramente alarmante: há uma proporção de 40% de erros nos diagnósticos. Segundo pôde ele averiguar, de 3.000 cadáveres autopsiados, uma boa metade era de pessoas cuja vida cessara porque os médicos não atinaram com o seu verdadeiro mal. Tem-se visto, e não raramente, enfermos se reabilitarem de aparente coma agônica, ou voltarem do estado de pseudovida artificial para o de vida ou saúde normal.

O próprio Prof. ROSKAM, que é favorável a uma estritamente controlada supressão da distanásia nas emergências desesperadas, cita o caso de uma mulher afetada de dilatação dos ventrículos cerebrais e que, contra o definitivo prognóstico de morte próxima, veio a recuperar a saúde.

Se é falível o diagnóstico ou o prognóstico, não menos precário é o critério de incurabilidade. Como diz MOREAU, nenhum médico pode afirmar qual a resistência do enfermo, e, por vezes, os elementos naturais, imprevisíveis ou imprevisíveis, mudam uma situação considerada como desesperadora.

No mesmo sentido, MORSELLI: “Jamais podemos sentir-nos absolutamente seguros ao pronunciarmos uma sentença “de incurabilidade, mesmo diante de um caso desesperador “de tabas ou de afecção medular, pois já se têm visto tabéticos, mielíticos e sífilíticos atingidos nos centros nervosos, “não obstante a fase avançadíssima do processo mórbido, “readquirirem uma condição, se não plenamente satisfatória, “pelo menos tolerável de saúde.” Por mais experimentado e perspicaz, não pode o médico dizer, com irrestrita certeza, que o enfermo está irrecorrivelmente votado à morte. A carência atual de recursos para, em tal ou qual caso, evitar a morte não é o mesmo que certeza da morte ou impossibilidade de que esta deixe de ocorrer. De um dia para outro, pode ser descoberto um remédio eficiente, ou a natureza pode agir de modo surpreendente.

Nos laboratórios científicos, em todo o mundo civilizado, há centenas de sábios que vivem pesquisando o segredo do máximo de prolongação da vida. E, de quando em quando, surge um remédio novo para a cura específica de moléstias até então reputadas incuráveis. Foi o que ocorreu, por exemplo, com os modernos antibióticos. Uma doença que é hoje incurável pode ser curável amanhã, e, assim, a ortotanásia faz o doente correr o risco de não viver bastante para que um novo remédio possa curá-lo ou assegurar-lhe um mais ou menos longo período de suportável sobrevivência. Basta uma probabilidade ainda que remotíssima em tal sentido, como basta a possibilidade de uma só recuperação que seja, em mil casos considerados incuráveis, para que se condene a supressão da distanásia. A função da medicina é prolongar a vida até os últimos limites possíveis, com os recursos medicamentosos ou cirúrgicos de que pode lançar mão.

Já argumentamos, contra a permissão da ortotanásia, com a álea do erro dos diagnósticos, e não devemos abstrair

que há, também, o perigo de abusos. Médicos levianos, inescrupulosos ou displicentes, ou demasiadamente confiantes na sua previsão de morte, podem deixar-se aliciar pelas insinuações interesseiras de parentes que visam a uma herança ou a evitar que esta se desfalque com um tratamento dispendioso do enfermo, e ser induzidos, ainda que por furtivo influxo do subconsciente, a admitir como realidade o que talvez não passe de errônea suposição de insuperável proximidade da morte e a não aplicar ou interromper a aplicação dos recursos distanásicos.

Entre as medidas acautelatórias da adequação da ortotanásia, segundo os partidários desta, inculca-se a necessidade de prévio assentimento do doente, que deve tê-lo prestado quando ainda na posse de plena consciência. Ora, não se sabe por que tal consentimento deva ser irrevogável, e, além disso, que valor pode ter tal manifestação de vontade por parte de um enfermo combalido de corpo e de alma, em que já não mais existem, como no indivíduo são, o apego incondicional à vida e a efusiva alegria de viver?

A covardia diante da dor, seja física seja moral, perturba de tal modo o raciocínio que já tem levado, com frequência, ao extremo ato de suicídio pelo medo de continuar a sofrer. Aquele que consente na abreviação da chegada da morte, sob a influência desnormalizante da dor, presta um consentimento sob premente coação e, por isso mesmo, sem valor. Enquanto hígido, o homem prefere a perspectiva do maior suplício a assentir na própria morte, e não quer aceitar a advertência de SÊNECA, lembrada por MAETERLINCK, de que o fim do suplício é o melhor do suplício. Para ele é verdade, como diz o autor de "La Mort", que "*une seule heure dérobée à la mort vaut toute une existence de tortures*". Acresce que, sob o ponto de vista jurídico, o consentimento da vítima, pelo menos em face do nosso direito positivo, não discrimina o homicídio, pois a vida é um bem inalienável ou indisponível.

A supressão fatal da distanásia, do mesmo modo que a eutanásia, constitui, repita-se, o crime que o Cód. Penal define

como "homicídio". Nenhuma diferença existe entre o aplicar-se uma forte injeção de protóxido de azoto para abreviar a morte do enfermo e o deixar, para o mesmo fim, de lhe administrar um cardiotônico ou um antibiótico. Nem há dizer-se que, no último caso, haveria, quando muito, o crime de "omissão de socorro". Nesta, ao contrário do que ocorre na eutanásia por omissão, inexistente o *animus necandi*, a *voluntas ad necem*. O omitente de socorro é um egoísta que cuida de se forrar a incômodos, mas sem que o inspire, sequer, o mais longínquo desejo de morte do periclitante; enquanto o médico que deixa de empregar os recursos distanásicos falta ao seu dever profissional e jurídico de prolongar a vida tanto quanto possível e contribui, voluntária e intencionalmente, para a morte do seu cliente.

Somente a moral biológica pode aprovar a ortotanásia, mas a moral biológica é a moral dos símios e dos lobos. É a moral que confunde o homem com o irracional da jungle e reclama, como na taba dos xavantes, o sacrifício dos doentes que o pajé-feiticeiro não consegue curar. É a moral do mais cru materialismo, a mesma moral que inventou as câmaras tóxicas para o extermínio dos chamados "sub-homens". É a moral feroz de seleção artificial dos valores humanos. É a moral do assassino, sob o miserável pretexto da necessidade da eliminação do "peso-morto" que representam os moribundos, os velhos, os loucos e os débeis mentais. É a moral que renega 20 séculos de civilização cristã, e quer que o homem retroceda às eras primitivas.

E semelhante moral não é, nem jamais poderá ser, a moral jurídica, a moral social, a moral do *homo sapiens*, que superando, com a própria razão, a impulsividade dos instintos, proclamou, desde a lei mosaica, o indeclinável mandamento da vida em sociedade: "Não matarás! *Non occides!*".

CARREL, no seu "L'homme, ce inconnu", sugere a matança, por meios científicos, de todos os fracos de corpo e de espirito; mas tal sugestão não passa de um desses atrevidos paradoxos da era contemporânea, formulados por aqueles que, aproveitando-se da perplexidade em que se encontra atual-

mente o mundo, pregam o retorno à lei do mato virgem e pretendem o integral desmonte da consciência humana, estratificada através de milênios, chegando ao extremo de pleitearem, em nome de um utilitarismo sem entranhas, seja suprimido no coração dos homens o próprio sentimento de caridade. Combatem a solidariedade até agora dispensada aos que mais precisam dela. O carro da civilização já não comportaria os fracos, os aleijados na carne e na alma, os desgraçados que não podem valer-se a si mesmos. Sejam eles esmagados, sem dó nem piedade, pelas rodas do comboio triunfal do Progresso. É a aceitação do conceito de NIERZSCHE, que o emitiu como um sintoma precoce da paralisia geral de que veio a morrer: "Se me demonstrarem que os instintos qualificados maus pela moral vigente, como a dureza, a crueldade, a astúcia, a audácia temerária, a índole belicosa, servem para aumentar a vitalidade do homem, eu direi "sim" ao mal e ao pecado." Amaldiçoada filosofia esta que, depois de amadurecer o mundo para as duas Grandes Guerras, quer agora impor-se ao espírito dos médicos, para que estes reneguem a própria finalidade de sua missão, tão belamente resumida por DESGENERTES, na resposta dada a BONAPARTE, que lhe ordenara abreviasse a agonia dos pestosos de Jaffa: "Minha tarefa é conservar."

Nenhum médico tem a faculdade de ficar impassível ou como simples espectador em face do moribundo, desde que haja possibilidade de mantê-lo com vida. E aquele que assim proceder não será apenas um criminoso, senão também um profissional indigno, a quem se deve rasgar o diploma.

Mercê de Deus que no Brasil, à parte uma irrequieta e infima minoria de *camelots* a apregoar o subido mérito de idéias extravagantes, só porque trazem o *cachet* da novidade e da procedência européia, não há clima para o ceticismo que avassala a mentalidade do Velho Mundo. Ainda não nos despedimos, nem nos despediremos, por honra nossa, da convicção de que um dos traços frisantes da superioridade do homem sobre a besta é o consciente sentimento de solidariedade para com o seu semelhante.

A AUTORIA INTELECTUAL DO CÓDIGO PENAL DE 1940 *

Ao comemorar-se o 12.^o ano de vigência do atual Cód. Penal, vem a propósito, para dirimir dúvidas recentemente suscitadas, uma *investigação de paternidade*: o Projeto definitivo, resultante da revisão do Projeto Alcântara Machado pela Comissão nomeada pelo ministro FRANCISCO CAMPOS e de que fizeram parte VIEIRA BRAGA, ROBERTO LIRA, NARCÉLIO DE QUEIRÓS e eu, com o auxílio que se poderia chamar a supervisão de COSTA E SILVA, significou apenas uma alteração de superfície do projeto revisto ou constituiu trabalho substancialmente diverso? Nem uma coisa, nem outra. De par com modificações de forma, houve mudanças de fundo, mas o Projeto Alcântara Machado não ficou irreconhecível: a cada passo, no texto do Projeto convertido no Código, depara-se a marca, o *signal de unha* do emérito e saudoso professor paulista. Em conferência que proferi, lá vai um decênio, na Faculdade de Direito de São Paulo, assim me externei: “A dominante preocupação da Comissão Revisora foi imprimir ao Projeto Alcântara uma apurada harmonia técnica. Era nosso intuito que ele adquirisse, na sua contextura, uma homogeneidade integral, uma indefectível continuidade e coesão, qual a da superfície de água parada, que, à mais leve percussão, toda se ressent. Por outro lado, tivemos de alterá-lo no sentido de maior concisão possível, de modo que não restasse uma só demasia ou superfluidade. Revivemos alguma coisa do Projeto Sá Pereira e respigamos, para o efeito de algumas retificações, nos Códigos Penais suíço, dinamarquês e polonês. Escandimos certos institutos e atualizamos outros.

* Conferência pronunciada na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, em maio de 1954.

Ampliamos a noção do dolo. Suprimimos o “regime da menoridade” que, pelo critério adotado, exorbitava da lei penal. Riscamos a “pena de morte”, não obstante a sugestão em contrário do preceito constitucional, a que não correspondem a tradição de nosso direito e o sentimento nacional. Eliminamos a classificação apriorística de criminosos, que, na prática, iria redundar fatalmente na perplexidade ou no mais descontrolado arbítrio. Cortamos cerce, relegando-o para as versáteis Leis de Segurança Nacional, o capítulo dos crimes políticos, que, na atualidade, são irredutíveis a um sistema estável e duradouro, confirmando, cada vez mais, o famoso conceito de CARRARA: “Quando a política entra as portas do templo da Justiça, esta foge pela janela, para librar-se ao céu”. Procuramos, aqui e ali, afeiçoar mais convenientemente os critérios de solução à realidade brasileira e seguir mais fielmente as lições de nossa prática judiciária. E foi só, a não ser que se hajam de trazer à baila alterações inteiramente secundárias. . .

Já disse e repito que é de todo verdadeira a comparação no sentido de que o Projeto Alcântara Machado está para o atual Cód. Penal como o Projeto Clóvis Beviláqua está para o Cód. Civil.

Estas palavras eu as confirmo neste ensejo. Há poucos dias, estive a pôr em ordem e a cotejar todos os elementos que retraçam a elaboração do Código de 40 e que, espero em Deus, ainda hei de publicar, concatenados e anotados, em volume especial: as três diferentes edições do Projeto Alcântara, o texto da primitiva revisão, a réplica de ALCÂNTARA, a tréplica da Comissão Revisora e a derradeira *mondagem* da revisão. Pela acareação desses elementos se verifica, sem sombra de dúvida, que o *cerne*, a *medula*, o *granito* do Código veio do Projeto Alcântara. Injustiça, porém, e grande, é dizer que o trabalho da Comissão Revisora foi apenas cópia, com alterações mesquinhas, do Projeto revisto, como, dias atrás, sem perfeito conhecimento de causa e provocadoramente, insinuou o Prof. LEONÍDIO RIBEIRO em sua crônica semanal no “O Jornal”. Fode criticar-se tudo quanto a Comissão Revisora modificou no trabalho de ALCÂNTARA, mas afirmar-se

que ela não fez mais que reproduzi-lo com o disfarce de retoques irrelevantes, é negar a evidência mesma. É querer *tapar o sol com peneira*. Percebe-se que o ilustre crítico louvou-se em descomedidas e azedas palavras do próprio ALCÂNTARA MACHADO, quando da primeira fase dos trabalhos da Comissão, e desconhece, ou finge desconhecer, o que posteriormente foi proclamado, também com manifesto exagero, pelo mesmo ALCÂNTARA, no sentido de que coisa inteiramente diversa do seu Projeto era o Código de 40, ao qual opunha exaltado libelo de ação negatória de paternidade. A inconformação de ALCÂNTARA com as alterações que sofreu o seu trabalho, fê-lo esquecer até mesmo que, na última edição do seu Projeto, quer no tocante à “parte geral”, quer, principalmente, no concernente à “parte especial”, muitas dessas alterações foram por ele aceitas, denunciando sua parcial adesão à Comissão Revisora, embora se abstivesse de o confessar. Tal foi a atitude de apaixonada intolerância por ele assumida, que, nós outros, revisores do Projeto, quando delegados do Brasil ao II Congresso Latino-Americano de Criminologia realizado em Santiago do Chile, em 1941, receosos de acrimoniosa negativa a um *chamamento à autoria*, tivemos de omitir o seu nome entre os dos co-autores do Código, ali tão entusiasticamente festejado. Já expliquei isso mesmo na conferência acima aludida, respondendo a uma increpação de CÉSAR SALGADO. Não se fez uma injustiça por amor à injustiça ou por intuito de monopólio de *penas de pavão*. A argüida omissão foi motivada pelo fundado receio de que ALCÂNTARA MACHADO, jamais conformado com o trabalho de revisão, a cuja elaboração timbrava em alhear-se, rejeitasse a homenagem dos congressistas reunidos no Chile, colocando-nos em situação de invencível constrangimento.

Não obstante o formal repúdio que mereceu de ALCÂNTARA o Código de 40, entende o Prof. LEONÍDIO RIBEIRO que ele deve ser lembrado, *agora e sempre*, como o seu *verdadeiro autor*. Não é tanto assim. O que é rigorosamente exato é dizer-se que o inolvidável professor paulista é *um dos verdadeiros co-autores do Código de 40*.

Tenho para mim, preliminarmente, que se não deve estar a disputar glórias em torno à autoria intelectual desse diploma legislativo. Como já afirmei de outra feita, é ele, acima de tudo, uma resultante da cultura jurídica brasileira. Não é exclusivamente de alguém ou de um grupo: é do Brasil. Nem mesmo estaria eu aqui, *sponte mea*, a reivindicar o que cabe à Comissão Revisora do Projeto Alcântara, se não fora a imputação de desprimor e mesquinhez que um amigo de ALCÂNTARA procura fazer a essa Comissão. Pretender que ALCÂNTARA é o único e verdadeiro autor do Código, tendo-se limitado o trabalho revisionista a uma insignificante aposição de vírgulas, ou mofina troca de vocábulos, para dissimular uma apropriação indébita, é um aleive e é uma inverdade. A comparação mais perfunctória entre o Projeto Alcântara e o Projeto definitivo da Comissão Revisora revela que aquele não passou apenas por inexpressivas alterações de epiderme, senão também por uma remodelação, embora parcial, no seu próprio sistema orgânico. Não nos circunscrevemos, nós, os revisores, a corrigir detalhes de fachada ou de estilo. Fomos ao âmago, à essência visceral do Projeto, para emenda do que nos pareceu errôneo e suprimento de falhas que se nos afiguravam intoleráveis, à luz da moderna política criminal e técnica jurídico-penal. Não nos limitamos a evitar que figurassem no Código a ser promulgado impropriedades de linguagem, ilogismos, redundâncias, enganos de raciocínio, de que estava inçado o Projeto, como sejam, dentre múltiplos exemplos: confundir *definição* com *qualificação* do crime; falar em irrelevância de “erro da lei”, ao invés de “erro de compreensão da lei”, dizer interrompida a prescrição pela *fuga do condenado* ou *revogação do livramento condicional* (como se em tais casos estivesse a correr alguma prescrição), declarar que as majorantes e a pena de multa estavam adstritas a expresso dispositivo legal (não obstante já ter sido consagrado o *nulla poena sine lege*); dispor que a tentativa inacabada se apresenta com a *desistência da execução*, e não com a *desistência da consumação*; definir o *sursis* como “condenação de execução condicional”, quando o seu efeito sus-

pensivo atinge somente a pena privativa de liberdade; negar efeito atenuante ao “estado passional ou emocional” e, a seguir, reconhecer em tal caso uma atenuante genérica e uma minorante; distinguir entre *auxílio necessário* e *auxílio secundário*, depois de adotada a teoria da *equivalência das causas*; considerar a “prisão preventiva” como única espécie de *prisão provisória* antes da sentença condenatória e irre-corrível; cuidar da *preterintenção* como forma autônoma de culpabilidade; referir-se a “erro *substancial* sobre *fato constitutivo* do crime”; confundir as “penas acessórias” com “efeitos da condenação”; julgar *cometido* o crime continuado ou permanente só quando cesse a continuação ou permanência, etc. Não se restringiu a Comissão a colocar rubricas laterais ao lado dos dispositivos, para melhor entendimento destes, nem a inverter a ordem de sucessão dos crimes na “parte especial”, partindo dos mais simples para os mais complexos. Salta aos olhos de quem queira ver que sua intervenção foi muito mais profunda, importando, por vezes, em alteração radical de critérios de solução. Quero, aqui, apenas tocar nos pontos de maior relevo, para demonstrar como o Projeto revisto foi afetado no seu tecido muscular e nervoso, na sua própria organicidade. Serei mais preciso que na conferência de São Paulo. Começemos pelos cortes radicais. Aboliu-se todo o capítulo sobre a *menoridade penal*, para evitar a incongruência de se incluir no Código de repressão da delinqüência o regime atinente àqueles que eram declarados *carecedores de capacidade penal*, sujeitos exclusivamente a medidas administrativas de prevenção educacional. Enjeitou-se a identificação geral entre *crimes* e *contravenções*, para conjurar o desconchavo da conveniência entre os *habitantes de Brobdignac e Liliput*. Cancelou-se integralmente o capítulo referente aos crimes contra o Estado, para poupar o futuro Código à instabilidade dos critérios com que é tratada essa criminalidade, objeto das irrequietas Leis de Segurança Nacional. Não se manteve igualmente o capítulo sobre os crimes falimentares, cujo regime também varia, oportunisticamente, com as versáteis leis de falência. Passou-se um traço negro sobre a “pena de morte”, que é o *assassinio legal*,

a contrastar com a evolução do moderno direito penal executivo. Não se conservou a pena de “segregação”, que, numa confusão de coisas heterogêneas, não passava de uma “medida de segurança”. Recusou-se o estranho e elástico *sursis* aos *valetudinários* e às *mulheres honestas* condenados a detenção e desprovidos de periculosidade, pois é fácil imaginar o que isso acarretaria, na prática, em detrimento do interesse da defesa social. Não se respeitou a obsoleta “caução de bom comportamento”, cuja inocuidade a experiência, em toda parte, já demonstrou *ad nauseam*. Repeliu-se o critério de cuidar, na lei penal comum, dos crimes contra a honra por meio da imprensa (devendo notar-se que o Projeto, em tal caso, ao arrepio da tradição universal, determinava a exacerbação da pena). Apagou-se o capítulo sobre “classificação de criminosos”, para maior ou menor rigor do tratamento penal, pois seria inevitável a “justiça de dois pesos e de duas medidas”, que isso importaria, dada a precariedade dos critérios objetivos que se podem aventar a respeito. Risaram-se todas as normas de ordem processual que o Projeto pretendia deslocar do direito judiciário-penal. Extinguiu-se o escalracho da culpa *ex lege* ou presumida no caso de *inobservância de lei* (a que o Projeto Alcântara acrescentava, incrivelmente, a “determinação da autoridade”), anacronismo que representa a sobrevivência da *responsabilidade objetiva* do primitivo direito penal.

Passemos, agora, às modificações de substância em muitas das *paredes e colunas* estruturais conservadas. Seria fastidioso o enumerá-las todas, e por isso vou apenas destacar as de maior relevo.

Foi dilatada a conceituação do dolo, para incluir-se nele, além da *intenção* dirigida ao *eventus sceleris*, a atitude psíquica de assumir o risco de produzi-lo. Deixou-se de distinguir entre culpa *inconsciente* e culpa *consciente*, pois que se não pode declarar, aprioristicamente, qual das duas é mais grave. Foi ampliada a noção do erro essencial de fato, como causa excludente de culpabilidade. Cuidou-se de evitar confusão entre culpabilidade e periculosidade, circunscrita aquela à órbita da *pena* e esta à da *medida de segurança*.

Diferençou-se entre causas de exclusão de culpabilidade e causas de exclusão de crime, que o Projeto amalgamava à *la diable*. A *legítima defesa* foi acomodada ao evoluído pensamento jurídico, desembaraçada de qualquer caráter *subsidiário*, e da condição de ausência de provocação da parte de quem se defende (critério anti-humano do direito penal medieval). Retificou-se o tratamento do *excessus defensionis*, cuja eventual impunibilidade não pode estar subordinada às *condições pessoais do agente* (critério subjetivo), mas, sim, ao *quod plerumque accidit* (critério objetivo), sob pena de se fornecer salvo-conduto às demasias dos hiperemotivos. Na conceituação do “crime continuado”, substituiu-se a teoria subjetivo-objetiva pela teoria objetiva pura, mais condizente com a realidade, desde que se quer manter essa construção jurídico-penal. A *pena máxima* privativa de liberdade foi reduzida de 40 para 30 anos, pois esta última duração é tanto mais suficiente quanto os delinquentes irreductíveis à emenda pela pena ficam sujeitos à medida de segurança, que é indeterminada no tempo. Refundiram-se os dispositivos sobre extinção da ação penal e da condenação, a que se deu o unitário e mais adequado título de “extinção da punibilidade”, corrigindo-se a prolixidade e imperfeição técnica do Projeto. Extirpou-se o *perdão* como causa extintiva da própria pena, pois isso poderia dar ensejo a extorsões ou transações imorais. Na “parte especial”, basta um relance de olhos para se notar, em vários pontos, a diferença entre o Projeto Alcântara e o Código. Notadamente sob o ponto de vista técnico e de política criminal, é manifesta a diversidade de critérios. Não concordou a Comissão Revisora em que se ampliasse o *privilegium* concedido ao homicídio simples, no caso de violenta emoção injustamente provocada, ao homicídio qualificado. Não se conservou o critério de cominar à *lesão corporal culposa* tão-somente multa e de condicionar sua punibilidade, em certos casos, à queixa do ofendido. Alterou-se fundamentalmente o conceito de *roubo*, para só configurá-lo quando haja violência à pessoa. Mudou-se inteiramente o conceito da *extorsão indireta*, que o Projeto revisto trasladara, para deformar, do Pro-

jeto Sá Pereira. Foram colocados nos seus devidos quadros vários crimes inteiramente deslocados. E assim por diante. Páginas e páginas poderiam ser enchidas com a menção pormenorizada das alterações introduzidas pela Comissão Revisora e que vieram imprimir ao Código o cunho de sobriedade, precisão e técnica que geralmente lhe é reconhecido.

Não é meu intuito, de modo algum, deixar na penumbra o Projeto Alcântara. Os seus revisores não poderiam deixar de subscrever as palavras do ministro CAMPOS, ao término de sua *Exposição de Motivos*: — foi ele “uma etapa útil e necessária à construção do Projeto definitivo”. O meu propósito é apenas acobertar os ditos revisores da acusação, gravemente injusta, de não serem mais que copistas trapalhões que se fazem passar, vaidosamente, por únicos autores do vigente Cód. Penal. Não fizemos trapalhada alguma, mas, ao contrário, arrumação e correção. E nunca é demais recordar que tivemos de nosso lado, acompanhando *pari passu* os nossos trabalhos, estimulando-nos com seu apoio e orientando-nos com a sua inexcedível sabedoria, o maior dos penalistas que o Brasil já teve: ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA. O traço do seu pensamento científico e sociológico encontrase a cada página do Código de 40. Quanto a mim, posso mesmo dizer, como já disse, que não fui, no seio da Comissão, mais do que um fiel mensageiro e fiel defensor dos critérios e ideais desse insigne e pranteado mestre. VIEIRA BRAGA, ROBERTO LIRA e NARCÉLIO DE QUEIRÓS entraram com o precioso contingente de sua inteligência e cultura e podem reivindicar muita coisa que, de sua iniciativa, figura no Código. No que me toca, porém, o mérito que para mim reclamo é o de ter sido um vigilante e denodado servidor das propostas e sugestões de COSTA E SILVA. E nada mais quero que isso.

DIREITO PENAL COMPARADO: HISTÓRICO, OBJETO E FINALIDADE

Quando CARLOS STOOS, incumbido, no último decênio do século passado, de elaborar o Anteprojeto do Código Penal único para a Suíça, empreendeu a tarefa de coligir, segundo a ordem das matérias, os múltiplos códigos cantonais, para, mediante um estudo comparativo, fixar os respectivos “princípios fundamentais”, comuns, como etapa preliminar na consecução do fim de uniformidade sistemática, indispensável ao futuro código unitário, não cuidou que estava lançando as bases e o método de uma nova ciência, que veio a chamar-se “direito penal comparado”. O plano de trabalho de STOOS foi a sugestão da possibilidade prática de um cometimento cuja amplitude abrangesse todo o mundo civilizado, ou, seja, a unificação do direito penal no plano internacional. A célebre União Internacional de Direito Penal, fundada, havia pouco, por VON LISZT e VON HAMEL, foi a pioneira da nova cruzada científica, que transcendia, assim, o seu programa inicial de conciliação das dissidentes “escolas penais”, para o advento da corrente de idéias que veio a denominar-se “escola penal unitária” ou “neoclássica”. Notadamente pela iniciativa e infatigável esforço de VON LISZT, os *unionistas* entraram de propagar o pensamento do “direito penal universal” e incentivar a coleção e tradução, para o francês e o alemão, das legislações penais dos diversos povos, acompanhadas de introduções sistemáticas formuladas por penalistas de cada país, de modo a ensejar o esclarecido cotejo entre elas, a fiel identificação do que tivessem de homogeneidade ou heterogeneidade e a tentativa, não de elaboração de um código penal internacional, mas de esboço de um plano

de legislação penal uniforme, para inspiração das reformas dos direitos nacionais, no sentido da generalizada adoção dos princípios e critérios considerados mais felizes ou adequados e da aproximação dos povos para mais eficiente solidariedade no combate ao flagelo da delinquência. Não seria um trabalho de simples justaposição de diferentes direitos legislados, mas de aglutinação deles numa unidade harmônica, que constituísse o “direito penal do futuro”, transfundido nas leis de todas as nações. Seria trabalho idêntico ao do mosaísta, a escolher e dispor as pedras de tal modo, que estas percam sua individualidade e se conjuguem para a síntese da imagem artística. O *nacionalismo* cederia lugar, gradativamente, ao *universalismo*. Ao invés de dialetos, um só idioma; ao invés da colcha de retalhos, o manto de um só tecido.

Segundo a fórmula de von LISZT, os esforços da legislação penal comparada deviam colimar, preliminarmente, o encontro das idéias fundamentais uniformes, para, em seguida, ensejar o advento de uma superior legislação penal do futuro. Nada teria isso de utópico, como demonstrara a experiência de Stroos, em órbita limitada, é certo, mas impregnada de tradições regionalistas e vinculadas às legislações penais de três países diferentes: França, Alemanha e Itália. A *consideração histórica*, aliás, revelava que, mesmo no campo do direito penal, sempre houve a *recepção* recíproca de idéias e princípios entre os países. O direito penal napoleônico irradiou grande cópia de suas normas pelo Velho Mundo e pela América Latina. O direito penal espanhol, através dos ensinamentos de COVARRUVIAS, e o direito penal italiano, pelas lições de JULIUS CLARUS, inspiraram o doutrinário de CARPSÓVIO e sedimentaram durante muitos anos o direito penal da Alemanha, que, mais tarde, veio a abeberar-se, também, a longos haustos, no direito penal francês. O Código Penal brasileiro de 1830 exerceu influência sobre quase toda a legislação penal latino-americana, através dos Códigos espanhóis de 1845, 1850 e 1870, que, em muitos pontos, se inspiraram no padrão brasileiro e, por sua vez, serviram de modelo, em torna-viagem, aos Códigos dos países de língua

espanhola da América. O Cód. Penal bávaro, de FUEBACH, e o italiano de 1889, de ZANADERLLI, imprimiram sua marca em ulteriores Códigos da Europa e da América do Sul, entre os quais o do Brasil de 1890 e o do Chile, de 1874. E assim por diante. Já em 1894, dizia VON LISZT que era perfeitamente possível organizar um código penal que, em suas normas básicas, fosse aceitável por toda parte, tanto na França como no Japão, tanto na Alemanha quanto no Egito. E ponderava o insigne penalista, então professor na Universidade de Halle: “Aquele “que conhece, mesmo perfunctoriamente, a literatura do direito criminal das diversas nações sabe quanto cada uma “delas pode aprender com outra. A ciência do direito penal “nos vários países — a inglesa, a alemã, a francesa e todas as “outras — seguem, cada qual por si, caminhos não coincidentes. Cada uma tem seus pontos fortes e seus pontos “fracos, seus defeitos e suas virtudes. Em todas, encontramos, ao lado de terras bem cultivadas, outras cuja cultura “mal se inicia; uma se distingue pelo seu espírito prático, “outra pela profundidade de suas idéias; nesta, conservam-se “fielmente as tradições, enquanto naquela, sem respeito ao “passado e com o vigor da mocidade, decide-se pelos mais “ousados progressos; aqui, frutificam-se os resultados das “ciências naturais em proveito da jurisprudência; ali, põem-se “ao serviço do direito criminal os ensinamentos do criticismo “filosófico. Sente-se, por toda parte, uma vida própria e uma “energia transbordante, uma luta sem repouso para descobrir “a verdade e uma sede inextinguível de conhecer. Mas o “que falta é a solidariedade para a fecundação recíproca. Se “todas essas correntes pudessem ser dirigidas em um só leito, “se todas essas atividades científicas pudessem ser concentradas, se o ardor para o trabalho e o zelo pela ciência que “se manifestam em todos os países pudessem ser reunidos “para um labor comum de emulação, nossa ciência penal “empreenderia um vôo possante, desconhecido até agora. “Essa reunião é possível. E, então, a legislação comparada “deve ir além do que o seu nome indica, para aproximar, “em cotejo, não só os códigos penais, mas também a doutrina e a jurisprudência dos diferentes países, e fazer de

“tudo uma unidade superior, uma ciência comum de direito “criminal, extraído de todos os direitos particulares, mas “elevando-se acima deles.”

Foi dentro desse programa que a União Internacional de Direito Penal encetou o seu apostolado, promovendo, nos seus famosos *Boletins*, a propaganda do seu ideal de unificação e a coleção e tradução bilingüe dos códigos penais do mundo, e realizando congressos internacionais, que se sucederam até 1913. Fecundíssimo foi esse movimento, a que aderiram os penalistas coetâneos em geral, podendo dizer-se que, daí por diante, nem uma só reforma de código penal nacional deixou de se inspirar, em maior ou menor grau, nos trabalhos e conclusões *unionistas*, que, aliás, tomaram corpo com uma obra monumental, dirigida por von LISZT, como prelúdio à reforma do direito penal alemão, contendo 16 volumes, sob o título de *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht (Exposição comparativa do direito penal alemão e estrangeiro)*. As atividades da União foram interrompidas com a primeira Grande Guerra e findaram-se com a morte do preclaro paladino e semeador de idéias, que foi FRANZ VON LISZT; mas o exemplo ficou, e o evangelho liztcheano foi retomado por seus discípulos. Em 1924, CARTON DE WIART fundava, em Paris, a Associação Internacional de Direito Penal, que veio preencher a lacuna deixada pela antiga *União*, e ainda subsiste sob a direção atual de MARC ANCEL, que sucedeu a DONNEDIEU DE VABRES, e secretariada por esse grande amigo do Brasil, que é JOÃO BATISTA HERZOG, tendo por órgão de publicidade a *Revue Internationale de Droit Pénal* e contendo, em sua folha de serviços, a realização de vários congressos internacionais para a unificação do direito penal (Bruxelas, 1926; Varsóvia, 1927; Roma, 1928; Paris, 1931; Madri, 1933; Cairo, 1938). E também na Alemanha surgiu o Instituto de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, sob a direção de ADOLF SCHÖNKE, continuando e atualizando o trabalho de divulgação dos códigos penais e contemporâneos. No Congresso de Bruxelas (1927), foi aprovada a seguinte resolução, inteiramente conforme ao pensamento *unionista*: “O Congresso, tendo em

“vista os relatórios sobre o estado legislativo atual, e considerando como altamente desejável a unificação das idéias fundamentais em torno ao exercício da repressão, nos projetos dos diferentes Estados, para a admissão de princípios que a ciência contemporânea do direito penal unanimemente consagrou, e considerando mais que em muitos Estados se procede atualmente à elaboração de novos projetos, emite o voto de que as comissões encarregadas pelos governos de redigir projetos de código penal se reúnam em uma conferência internacional, cujo fim seria o de discutir e unificar os princípios básicos dos projetos elaborados e inscrever na medida do possível, princípios comuns para o exercício da repressão.” O preconizado conclave dos projetistas de códigos não se realizou, mas o certo é que os trabalhos, não só do Congresso de Bruxelas, como dos que se foram realizando com relativa pontualidade, se difundiram e vieram lastrear as novas legislações nacionais, e de tal modo que, quem compara os Códigos de 1930 para cá, depara com uma notável paridade de regras e soluções, evidenciando a crescente universalização destas. Tome-se, como frisante exemplo, o Cód. Penal brasileiro de 1940: seguindo na mesma rota dos Códigos suíço e italiano, pode dizer-se que é uma ratificação dos “princípios fundamentais” defendidos nos congressos internacionais para unificação do direito penal.

Com a implantação do direito penal autoritário, na Alemanha e na Rússia, sob moldes e com critérios chocantemente ao arrepio dos que já se apresentavam como univocamente aceitos, houve um período de desânimo na consecução do ideal uniformista; e com a segunda Grande Guerra deu-se o colapso total das atividades em tal sentido; mas, na atualidade, foram elas reencetadas, com perspectivas de progressivo êxito.

O ideal de von LISZT lavrou os espíritos e, já hoje, não pode negar-se a existência de todo um sistema de estudos, provocado por aquele, a reclamar, com toda justeza, o título de “ciência do direito penal comparado”. Consiste esta, tal como doutrinava o imortal evangelizador do direito penal moderno, não apenas em agrupar e tornar conhecidos os tex-

los dos vários direitos positivos, mas, igualmente, em submetê-los a um processo de análise e de crítica, do qual se possam extrair, para fornecê-los à ciência pré-jurídica da política criminal, critérios de esclarecidas reformas legislativas, no sentido de conjurar, tanto quanto possível, os preconceitos de injustificado *nacionalismo* e imprimir à legislação penal um cunho de *melhorismo universalista*. Propõe-se ela, agora e sempre, o intercâmbio de idéias e experiências para o advento de legislações afeiçoadas, por toda parte, a princípios fundamentais idênticos e formulados dentro da mesma técnica. Não somente quanto à “parte geral” dos códigos penais, senão também quanto à “parte especial”, reservada à definição dos crimes e cominação das sanções. O mundo atual, com a facilidade e maior freqüência de intercomunicação dos povos, e com a crescente necessidade de solidário esforço na debelação da criminalidade, já não comporta o anacronismo de legislações penais heterogêneas e reciprocamente ignoradas. Estão caindo e continuarão a cair as espessas *paredes* que, no século XIX, separavam, como a compartimentos estanques, os direitos particulares das nações, para que estas possam entender-se mutuamente, num mesmo e único idioma jurídico. Cumpre que, cada vez mais, os povos se coloquem na iluminada trilha de uma universalizada legislação penal do futuro, quebradas as arestas de um ferrenho e desarrazoado *nacionalismo* das concepções do Direito. É preciso que, estudadas e comparadas as múltiplas legislações, possam ser os seus persistentes contrastes superados numa unidade orgânica, correspondente às aspirações da consciência jurídica hodierna. Já muito se tem obtido nesse terreno, podendo mesmo dizer-se que, na esfera do direito penal, já se formou e consolidou um espírito jurídico unitário na dimensão internacional.

Já não se cuida, entre os penalistas contemporâneos, apenas da explicação e construção dogmática dos direitos legislados de seus respectivos países, mas, também, da exposição e fixação dos resultados da obra universalista. Não somente a ciência do direito penal nacional, mas, igualmente, ultrapassando-lhe os limites, a ciência do direito penal com-

parado, para pôr os seus produtos ao serviço dos legisladores de hoje e de amanhã. Salvo os critérios ditados por irredutíveis peculiaridades de cada país, já é uma realidade que, atualmente, os legisladores das reformas penais procuram, à luz faroleante do doutrinário universalista, a identidade ou coincidência na solução dos problemas e formulação dos princípios. Nos seus "princípios fundamentais", os mais recentes Códigos e os códigos atualizados são como que cópias, ligeiramente disfarçadas, uns dos outros. Já não se compreende, por exemplo, que a noção da tentativa ou da responsabilidade, da participação criminosa ou das discriminantes, ou a definição dos crimes ou as modalidades e medida das penas sejam diversas de país em país. A preocupação central deixou de ser a luta de unilateralismos de escolas, para ser a pesquisa pragmática do que a experiência demonstra ou sugere de "melhor" ou "mais eficiente". Como dizia ESTANISLAU RAPPAPORT, já nos idos de 1929, "a corrente de unificação na legislação penal é hoje um fato que não suscita mais dúvida". E para alimentar e revigorar constantemente essa corrente, não deve ter remitências o direito penal comparado, com o seu fecundo pragmatismo na criação do direito penal do futuro, a ensejar uma sempre renovada orientação espiritual internacional e nacional, em cujos horizontes, como adverte SABATINI, as futuras concepções codificadas que, outrora, pareciam uma utopia, se apresentam aos nossos olhos, neste meado do século XX, como uma consequência lógica e inabalável. E não se esqueça jamais, para estímulo do incessante fornecimento de matéria-prima à evolução unificada do direito penal, o nome de VON LISZT, em cuja bibliografia gravitaram as reformas penais durante os últimos 50 anos.

Tem-se repetidamente falado nos derradeiros tempos, e não sem uma certa razão, em "crise do direito penal", notadamente no setor do penitenciarismo, cujos métodos vêm se demonstrando errados ou inoperantes; mas a crise há de ser passageira: novas idéias e novas experiências, com o arrojo característico da época atual ou sem o apego ao jurismo narcisista e infenso às aventuras, estão sendo realizadas no Ve-

lho Mundo e nas Américas, e o direito penal comparado está vigilante para formular as suas conclusões no sentido de uma nova política criminal e uma retificação nas legislações do mundo civilizado. Porque o papel do direito penal comparado é, principalmente, como assinalava VON LISZT, pesquisar e preparar o *novo direito penal do futuro*. Já existe toda uma bibliografia, por exemplo, em torno das experiências da Inglaterra, da Suécia e da Suíça quanto às “prisões abertas” ou vastas colônias agrícolas sob o regime de semi-liberdade e com o programa de recuperação dos criminosos pelo amanho da terra, sem os rigores da disciplina do trabalho forçado e obedecendo ao raciocínio de que não pode persistir o paradoxo das penitenciárias tradicionais, qual seja o de pretender reeducar homens para a vida livre mediante um regime de cativo. O *slogan* de KELLERHALS, de que “o homem melhora a terra, e a terra melhora o homem”, adquiriu um sentido profundo e aliciante da consciência jurídica na hora que passa e será, talvez, o *mot d'ordre* do reflorescido direito penal de amanhã.

Enganou-se ingenuamente CARRARA quando supôs que, no seu tempo, o direito penal atingira o clímax do seu aperfeiçoamento: a evolução da sua amada ciência prosseguiu incessantemente e há de prosseguir, refazendo-se de erros ou reabilitando-se de descaídas, na tentativa, jamais desesperada, de compreender e resolver, definitivamente, o desconcertante enigma do crime e do criminoso.

O ASILO POLÍTICO *

O asilo político, quer o *territorial*, quer o *diplomático*, é um *filho adotivo* da América Latina, onde adquiriu características novas, adaptando-se às peculiaridades e idiossincrasias político-sociais da terra de adoção. Expressando um *consensus gentium* cada vez mais acentuado e tolerante, na dimensão latino-americana, as convenções, acordos e tratados, os votos e resoluções de Congressos, as conferências, as declarações de princípios, os pronunciamentos de comissões internacionais de juristas, o doutrinário internacionalista, as leis ordinárias internas e as próprias Constituições políticas fizeram dele um corolário da soberania do Estado, e o consagraram, ora como um autêntico direito individual, ora como ato jurídico institucional, ora como uma instituição humanitária, que independe até mesmo de específica autorização das leis nacionais ou da condição de reciprocidade. O princípio firmado por KLUIT, no seu *De Deditioe Profugorum*, há quase século e meio, de que devem estar isentos à extradição os refugiados criminosos políticos, era um *jus receptum* na América Latina antes mesmo que recebesse o *placet* do Instituto de Oxford, na sua memorável sessão de 1880. O Tratado de Extradição, subscrito em Lima, no ano de 1879, já o reconhecia de modo categórico. Reafirmaram-no o Tratado de Montevideú, de 1889, e o Tratado de Washington, de 1907, entre as repúblicas da América Central. Seguiu-se o Acordo boliviano de 1911, que assinalou um passo na evolução do asilo político, traduzindo, aliás, um critério já introduzido nos costumes internacionais do con-

* Conferência proferida na "Semana Jurídica" de Porto Alegre, em maio de 1946.

tinente ibero-americano: a apreciação do caráter político do crime atribuído ao refugiado compete, unilateralmente, ao Estado que presta o asilo.

Em 1927, o *Projeto da Convenção sobre Asilo*, elaborado pela Comissão Internacional de Jurisconsultos Americanos, no Rio de Janeiro, referendou as normas do Tratado de Montevideú, de 1889. A VI Conferência Panamericana, realizada em Havana, em 1928, manteve, com o dissídio único dos Estados Unidos (teoricamente infensos ao direito de asilo), os princípios tradicionais, timbrando mesmo em abolir certas restrições do Tratado de Montevideú. A Convenção aprovada na VII Conferência Panamericana, de Montevideú, em 1933, assentou com mais precisão algumas das bases fundamentais do asilo político, reconhecido, antes de tudo, como *instituição humanitária*, e não sujeito, por isso mesmo, ao critério de reciprocidade. O subsequente Tratado celebrado (1939) entre o Uruguai, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai e Peru orientou-se no mesmo sentido. A Carta dos Direitos e Deveres do Homem aprovada pela Conferência de Bogotá, em 1948, consagrou o asilo político. No mesmo ano, a América Latina aderiu à Carta de São Francisco, em que, igualmente, se reconhece e proclama entre os direitos da pessoa humana, no mundo civilizado, o de *procurar e gozar* asilo contra perseguições por *crimes* ou *motivos* políticos, — o que vale dizer que, uma vez concedido o asilo àquele que o pede, cria-se para o asilado uma *condição jurídica* que impede a sua extradição ou entrega a outro país. Os dois Projetos do Comitê Jurídico Interamericano, respectivamente sobre asilo territorial e asilo diplomático, aprovados pelo Conselho de Jurisconsultos Americanos, reunido em Buenos Aires em 1953, definiram, segundo o direito escrito ou consuetudinário da América Latina, o asilo político, admitindo-o como direito ou prerrogativa do Estado ou instituição humanitária e, notadamente, reivindicando com firmeza os *princípios americanos* quanto ao asilo diplomático, tão lamentavelmente postos em dúvida ou malbaratados pela decisão da Corte Internacional de Justiça, no famoso caso *Haya de La Torre*.

E, finalmente, sobreveio, em 1954, a X Conferência Panamericana, de Caracas, na qual foram subscritas duas convenções fielmente inspiradas nos Projetos do Comitê Jurídico Interamericano. As regras centrais aí consignadas sobre o asilo territorial são as seguintes:

a) todo Estado tem direito, no exercício de sua soberania, a admitir em seu território as pessoas que julgar conveniente, sem que outro Estado possa reclamar;

b) a jurisdição do Estado sobre as pessoas que nele ingressarem, perseguidas por outros Estados, deve merecer o mesmo respeito que a sua jurisdição sobre seus próprios habitantes;

c) o Estado asilante não está obrigado a entregar ou a expulsar os perseguidos por *motivos ou crimes políticos*;

d) a qualificação de motivos ou crimes políticos cabe ao Estado que presta o asilo.

E sobre o asilo diplomático, foram estes, em resumo, os princípios consolidados:

a) o asilo imediato de perseguidos políticos em legações (bem como em navios de guerra, acampamentos ou aeronaves militares, mas excluídos, em qualquer caso, os “desertores de terra e mar”), será respeitado na medida em que, como direito ou tolerância humanitária, o admitirem o uso, as convenções ou as leis do país de refúgio;

b) compete a este, unilateralmente, a qualificação da natureza do crime ou dos motivos da perseguição;

c) o asilo não poderá ser prestado senão em *casos de urgência*, apreciada esta, porém, pelo representante diplomático homiziante, e tão-só pelo tempo indispensável para que o asilado abandone o país, com as garantias outorgadas pelo Governo do Estado territorial, a fim de que não corra perigo sua vida, integridade pessoal ou liberdade, ou seja colocado, de outro modo, em segurança;

d) entendem-se por *casos de urgência* aqueles em que o indivíduo seja perseguido por pessoas ou multidões que hajam escapado ao controle das autoridades, ou pelas próprias autoridades, bem como quando se encontre em perigo de ser privado de sua vida ou liberdade por motivos de ordem política e não possa, sem risco, pôr-se, de outro modo, em segurança;

e) o Estado asilante pode pedir a saída do asilado para território estrangeiro, e o Estado territorial está obrigado a outorgar, imediatamente, salvo motivo de força maior, as garantias à vida, integridade pessoal ou liberdade do asilado e o necessário salvo-conduto;

f) o representante diplomático homizante tomará em conta as informações que o Governo territorial lhe ofereça para orientar seu critério no tocante à natureza do crime e à existência de crimes comuns conexos, mas sua determinação de continuar a prestar o asilo ou exigir o salvo-conduto para o perseguido será respeitada.

Evidencia-se desses *itens*, como já foi notado, o propósito de uma repulsa aos critérios e dubiedades da decepcionante sentença da Corte Internacional de Justiça no litígio entre a Colômbia e o Peru, relativamente ao asilo concedido pela embaixada colombiana em Lima ao líder aprista HAYA DA LA TORRE, — sentença que, felizmente, para lenitivo da consciência latino-americana, não foi unânime, contando-se entre os votos vencidos o do juiz brasileiro, que era o saudoso FILDALFO AZEVEDO. Um dos pontos nevrálgicos do litígio era o concernente à *qualificação unilateral*, que se atribuía à Colômbia, do caráter político dos fatos imputados a LA TORRE. Defendia a Colômbia tal critério como essencial à eficácia mesmo do asilo diplomático, tão profundamente radicado no plano internacional da América Latina, senão como obséquo à *extraterritorialidade* das legações, pelo menos como um reconhecido dever de solidariedade humana. Ficaria inoperante a instituição, se fosse deferida essa qualificação ao Estado territorial, pois, dada a sua explicável falta de serena imparcialidade para com o adversário perseguido, fi-

caria, praticamente, com o arbítrio de impedir o exercício do direito de asilo. De seu lado, o Governo peruano sustentava que o referido princípio não figurava na Convenção de Montevideu, de 1933, e entre os crimes atribuídos ao asilado se incluía o de *terrorismo*, que, segundo consenso quase unânime, não constitui crime político, mas comum.

A decisão da Corte Internacional, entretanto, com a preocupação de fazer *justiça de Salomão*, foi verdadeiramente desconcertante. ACUSOU-a BARCIA TRELLES, justamente, de *farisaica e escamoteadora do direito de asilo*. Ressente-se do doutrinário ou pensamento europeu, que, dada a estabilidade progressiva da ordem política do Velho Mundo e alheado à realidade dos países da Ibero-América, estigmatiza até mesmo o asilo político como contrário à razão jurídica. Abstraiu que, afora os Estados Unidos (que, incoerentemente com suas próprias práticas, nega a inclusão do asilo no Direito Internacional), nas duas Américas o asilo político, com características especiais de amplitude, é uma resultante indeclinável de peculiares condições políticas, históricas, jurídicas e geográficas, podendo mesmo dizer-se que é um dos atestados da existência de um particular *Direito Internacional Americano*. Cedendo, em parte, à argumentação do Governo peruano, a mandatária da O.N.U. em Haia estabeleceu que a Colômbia não tinha a faculdade de qualificar, por uma deliberação *unilateral e definitiva*, vinculante do Peru, a natureza dos crimes imputados a LA TORRE. Assentou que o asilo outorgado pela legação colombiana fora contrário à Convenção de Havana, pois não houvera, no caso, a premente *urgência*. Admitiu que o Governo peruano não demonstrara que os fatos atribuídos a LA TORRE fossem crimes comuns, mas, não obstante, negou à Colômbia o direito de obter do Peru o salvo-conduto para o asilado sair do país, com inviolabilidade de sua pessoa. Houve, assim, uma espécie de *empate* entre os litigantes, esquecendo-se a sentença de indicar qual o processo executivo para a terminação do controvertido asilo. Os *embargos de declaração* opostos, a tal respeito, pela Colômbia, não foram recebidos, sob o sofisticado pretexto de que o assunto não fora expressamente submetido à decisão da Corte, e de-

via ser resolvido pelos próprios litigantes. E o epílogo da rumorosa questão foi um *protocolo de amizade e cooperação* entre a Colômbia e o Peru, pelo qual, estranhamente, ao arripio da tradição latino-americana, o asilado foi entregue ao Governo territorial, embora sob a condição de ser condenado, unicamente, à expulsão do país.

No seu recente *Tratado de Derecho Internacional Público*, DIAZ CISNEIROS faz uma cerrada e justa crítica à decisão da Corte de Haia, ao mesmo tempo que reivindica os princípios do Direito Internacional Americano em torno do asilo político, que, aliás, haviam sido reconhecidos pelos juizes dissidentes READ, BADAWI PACHA e FILADELFO AZEVEDO. Foi desprezada ou contornada a advertência de YEPES, advogado da Colômbia: “É o próprio Direito Internacional “Americano que comparece aqui, reconhecido como um dos “grandes sistemas do mundo que a Carta das Nações Unidas “implicitamente aprovou”. Não foi tomado em conta que o asilo político, na América Latina, mais que uma instituição jurídica, é um imperativo de tolerância humanitária. A sentença de Haia não se compenetrou do sentido e feição do direito de asilo, tal como tem sido reclamado e aplicado nos países de aquém-Atlântico, sujeitos, por um fatalismo histórico ou condições ainda persistentes em pleno meado do século XX, a freqüentes rebeliões políticas, mudanças violentas de governos, conspirações, sedições populares, pronunciamentos militares e golpes de Estado, criando-se para os vencidos um clima irrespirável de perseguição.

Devido às suas interposições desarrazadamente restritivas e fragmentárias dos usos e convenções na órbita latino-americana, quebrou a nossa fé e confiança na Justiça Internacional. Inteiramente cerebrina foi a distinção da Corte, entre qualificação *provisória* e qualificação *definitiva*, para concluir que só a primeira compete ao Estado asilante. Tal distinção jamais constou das práticas e entendimentos interamericanos, pois o irrestrito direito de *qualificação unilateral* pleiteado pela Colômbia já vem afirmado desde o Acordo boliviano de 1911, nada importando que a ele não se referisse explicitamente a Convenção de Montevideu, em 1933,

posto que esta foi apenas um complemento da Convenção de Havana, de 1928, um de cujos artigos declara que o asilo político será concedido “na medida segundo a qual, como direito ou por tolerância humanitária, o admitam os *costumes*, as *convenções* ou as *leis* do país do refúgio”, e jamais se teve notícia de que algum país da América Latina, anteriormente, houvesse impugnado a *qualificação unilateral* a favor do Estado asilante, — princípio cuja insubsistência, como é fácil de prever, importaria, praticamente, na própria abolição do asilo político.

Não obstante a situação premente em que se encontrara o asilado LA TORRE, a Corte fez-se de desentendida e negou tivesse havido o elemento *urgência*, condicionante do asilo diplomático, segundo a Convenção de Havana. Discriminou entre asilo territorial e asilo diplomático, para acrescentar que o último é uma derrogação da soberania do Estado territorial. Ora, semelhante argumento seria admissível para impugnação da legitimidade do asilo diplomático, mas não para recusá-lo no continente americano, onde jamais prevaleceu, quer nos usos, quer nos tratados ou convenções internacionais. Referiu-se a Corte aos abusos que podem ocorrer; mas, como belamente retruca CISNEIROS, “cumpre advertir “que mesmo os abusos devem bendizer-se, se o asilo salva, “como tem acontecido tantas vezes, vidas nobres, vidas heróicas, vidas de seres que se têm sacrificado por seus ideais “políticos, ainda quando pudessem, em muitos casos, achar“-se equivocados”.

Finalmente, adstrito a um critério de formalismo que orçou pelo irrisório, o Tribunal de Haia deixou a questão insoluta, abstendo-se de explicar qual o expediente a ser adotado para pôr termo ao asilo de LA TORRE, que já durava por mais de um lustro. A sua decisão pode ser considerada como um pronunciamento antiamericano. É uma página que deve ser suprimida na história do internacionalismo do Novo Mundo. Neste, ao contrário do que acontece na velha Europa, o asilo político não pode ser enquadrado na sistemática de um jurismo estático e fechado. As peculiaridades e vicissitudes político-sociais da América Latina exigem-no amplificado e

dúctil, como um instrumento dinâmico de proteção à pessoa humana e à liberdade de credos políticos.

Nós, os latino-americanos, vivemos, na órbita da política militante, com as nossas irrequietudes, paixões, inconformismos, exaltações, rebeldias, golpes de Estado e conjurações, porque isso está em nosso sangue e em nosso temperamento. Há em nós o calor e o ímpeto da mocidade, a proclividade para a controvérsia, o incontrolável espírito de insubmissão à prepotência, a volúpia do proselitismo. A nossa intransigência partidária é extremada, e está freqüentemente fomentando revoluções armadas ou campanhas de ódio, e os vencidos (*vae victis!*) ficam expostos a toda sorte de represálias, para desaforo dos vencedores. Quando não conseguem escapar à furia dos adversários, são sumariamente eliminados, ou encarcerados, maltratados, acusados de supostos crimes e levados à *varanda de Pilatos*. A única salvação para eles, quando possível, é o asilo imediato em legações estrangeiras ou a fuga para além das balizas da pátria, em busca de homízio em terra alheia. Negar-se-lhes o asilo diplomático ou territorial seria repudiar o próprio sentimento de solidariedade humana. O asilo político, notadamente nas plagas americanas, é um mandamento de caridade entre os homens, e não deve estar sujeito a entraves formalísticos, nem a critérios rígidos ou intratáveis. Ainda mesmo no caso de acusação de crimes comuns, mas verificando-se que se trata de mero artifício engendrado por *motivos políticos*, deve ser outorgado. As Cartas de Bogotá e de São Francisco referem-se, de modo genérico ou irrestrito, a *perseguições por motivos políticos*, e estas não podem deixar de ser reconhecidas quando a imputação de crimes comuns é apenas um subterfúgio para ilidir ou obstar o direito de asilo. O fato não é incomum na época atual, em que, por desgraça, entrou nos hábitos da inconsiderada política partidária, transformada em *catch-as-catch-can*, o emprego de *golpes baixos* ou traçoeiros recursos, entre os quais a difamação e a calúnia, para cujo bom êxito se arregimentam os *urubus-carniceiros* e *bosteiros* do facciosismo e os *Fouquier-Tinville* de

fancaria, mascarados de *salvadores da Pátria*, de *rédiresseurs de torts* e paladinos da moral política.

Aproveitando ou forçando aparências, deturpando ou sonnegando circunstâncias, convertendo *argüeiros* em *cavaleiros*, atribui-se a um homem público, que se quer destruir politicamente, o mandato ou prática de crime comum, como, por exemplo, um homicídio, um abuso de poder, um peculato ou malversação, uma prevaricação ou suborno passivo, um atentado sexual etc. Presunções gratuitas, documentos forjados, falsos testemunhos, enredos e tricas à Dom Basílio, interpretações tendenciosas de circunstâncias inexpressivas, a lógica do lobo em face do cordeiro, os raciocínios que lembram o *post hoc, ergo propter hoc*, tudo serve para o sinistro desígnio. A acusação reboa na imprensa sensacionalista, alvoroçando a opinião pública, e cresce, incha, corrupia como um tornado, alicia e desvaira os espíritos, transfundindo-se num coro imenso de reprovação, num generalizado clamor de vingança, num reclamo coletivo pela imolação do acusado. Já então, a calúnia adquiriu caráter de verdade inconcussa, e quando, acaso, serenas e heróicas vozes isoladas advertem contra a inconsistência das provas do libelo, são acimadas de conivência ou favor ao crime, à malvadez, à desonestidade, ao cínico impudor. A ressaca difamatória, espumejando, roncando, bramindo, espoucando, supera o próprio quebra-mar dos tribunais de justiça, e os juízes, empolgados pela caudal despenhada, sugestionados pelo retumbante alarido de mil e uma goelas, acolhem a acusação e permitem que o acusado seja trazido de rastos pela *rua da amargura* de um processo penal.

Ninguém pode duvidar que em casos tais o direito de pedir e gozar asilo é, igualmente, sagrado: o fementido pretexto de prática de crime comum não pode fazer abstrair, quando evidente, a *perseguição política* como um fim em si mesma, o enalço do refugiado por motivos exclusivamente inspirados pelo ódio dessa desgraça sem entranhas, que é a política de facção. A indagação para outorga do asilo, seja o diplomático, seja o territorial, não deve limitar-se ao *caráter político* deste ou daquele crime imputado, mas atender,

também, ao *móvel político* da *acusação*, ainda que esta seja, refalsadamente, por crime comum. Não só a *perseguição por crimes políticos* condiciona o asilo, senão também a *perseguição por motivos políticos*. É o que está assentado no Direito Internacional Americano. O Estado a cuja embaixada, legação ou território, se recolhe o perseguido, na referida hipótese, não está obrigado a entregá-lo, pelo menos enquanto não acalmadas as paixões contra ele desencadeadas no Estado de procedência ou não tenha sido proferida a derradeira palavra da mais alta instância da respectiva Justiça, que se tem de presumir, pôr força mesma do preceito constitucional que para ela concede o recurso extremo, como um alcantil inacessível aos arrojados e desvarios da epilepsia político-partidária, provocadores de erros de entendimento. Sem dúvida, a consciência jurídico internacional, nos tempos modernos, repele o asilo a criminosos de direito comum, que não passa de triste lembrança de uma remota época. Sou mesmo de opinião que, para dirimir incertezas, se faça uma taxativa caustiva dos crimes políticos ou conexos que excluam a extradição; mas cumpre que, nos futuros tratados e convenções interamericanas ou leis nacionais, se destaque, nitidamente, para igual tratamento, o caso de crimes comuns imputados a líderes de partido ou políticos em evidência por exclusiva *perseguição política*, isto é, sem que corresponda a acusação ao sereno conhecimento e análise dos fatos e aos interesses da justiça penal, mas tão-somente aos incaroáveis interesses de bandos políticos ou corrilhos eleitorais.

Uma das objeções que se fazem ao asilo político, e a que tão obstinadamente se apegam os Estados Unidos, em sua dissidência com os demais países das Américas, consiste em que ele redunde num estímulo indireto às conjurações e desordens no plano interno das nações. Pois bem; nem mesmo tal objeção, no caso acima fixado, teria razão de ser: não se trata de acolher um fomentador de intentona ou insurreições, mas de salvar um homem público, cujo prestígio se quer deslealmente abater, para afastá-lo da competição política.

BOLINI SHAW, na sua monografia sobre *direito de asilo*, proclama, com justificado orgulho, que “*la América latina*

ha dado al mundo intero un ejemplo de cultura al luchar desde hace años a favor del asilo". Não podemos renunciar a esse título de benemerência, e o direito de asilo deve continuar, na América Latina, a sua evolução institucional, sem restrições indevidas, como um pálio à liberdade individual e à fraternidade entre os homens.

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

BIBLIOGRAFIA

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY (H.) — *Tratado de direito Internacional Público*, vol. II, 1934.
— *Atos Internacionais vigentes no Brasil*, 1936, 2.^a ed.
- ACKERMANN (Barbara) — *Das Analogieverbot in geltenden und zukünftigen Strafrecht (A proibição da analogia no vigente e no futuro direito penal)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 348, 1934.
- ADINOLFI — *La sentenza penale straniera nei nuovi Codici Penali*, in *Giustizia Penale*, III, 1931.
- ALCÂNTARA MACHADO — *Anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro*, 1938.
- ALOISI — *Estradizione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V.
- AMBROSINI — *Ordinamento giuridico della navigazione aerea*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II.
- ANOSSOW (J. J.) — *L'analogia nel diritto penale sovietico*, in *La Scuola Positiva*, I, 1930.
- ANTOKOLETZ — *Tratado de Derecho Internacional Público*, II, 1933.
- ARANGIO RUIZ — *Intorno all'efficacia delle leggi penali temporanee*, in *Riv. Penale*, vol. 54, 1896.
- AZEVEDO (Noé) — *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais*, 1936.
- BARBEY — *De l'application internationale de la règle "non bis in idem" en matière de répression*, 1930.
- BARTHOLDY (M.) — *Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes*, in *Vergleichende Darstellung*, p. g., vol. VI, 1908 (*O império da lei penal no espaço*).
- BATTAGLINI (G.) — *Il luogo ed il tempo del commesso reato*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1917.
— *Diritto Penale*, 1937.
- BAUDRY-FOUCARDE — *Diritto Civile*, I.
- BAUMGARTEN — *Die Lehre von der Ideal-und Gesetzkonkurrenz*, 1909.
- BECCARIA — *Dei delitti e delle pene* (1764).
- BECKER — *Die entsprechende Anwendung der Strafgesetz (A aplicação analógica da lei penal)*, in *Gerichtssaal*, vol. 104, 1934.

- BELING (E.)** — *Il significato del principio "nulla pœna sine lege pœnali" nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giustizia Penale*, 1931.
— *Die Lehre vom Verbrechen (A doutrina do crime)*, 1906.
- BELLAVISTA** — *L'interpretazione della legge penale*, 1936.
- BELRICHARD** — *Das zeitliche Geltungsgebiet der Strafrechtssätze (A esfera de validez temporal dos preceitos penais)*, 1927.
- BENTO DE FARIA** — *Código Penal Brasileiro*, 1942-1943.
- BERENINI** — *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, in *Trattato de FLORIAN*, 1937.
- BEVILÁQUA (Clóvis)** — *Direito Público Internacional*, 1939.
- BIRNBAUM (K.)** — *Die psychopathischen Verbrecher (Os criminosos psicopatas)*, 1914.
- BOBBIO** — *L'analogia ed il diritto penale*, in *Riv. Penale*, 1938, I.
- BOLENS** — *Essai sur l'extradition et la non extradition des nationaux*, 1940.
- BOSTON (Charles)** — *University of Pennsylvania Law Review*, novembro de 1912.
- BRUSA** — *Le délit politique et l'extradition*, in *Revue du droit international*, 1882, XIV.
— *Della giustizia penale eccezionale*, in *Riv. Penale*, vol. 34.
- BUSTAMANTE** — *El Mar Territorial*, 1930.
— *Droit International Public*, trad. franc., 1936, III.
- CALAMANDREI** — *Elogio dos juizes*, 1938.
- CAMPOS (Francisco)** — *Exposição de Motivos do Código Penal*.
- CAMPOS (R. A.)** — *Legislação internacional do Brasil*, 1929.
- CARNEIRO DE CAMPOS** — *Direito Público Aéreo*, 1941.
- CATELLANI** — *Il diritto aereo*, 1941.
- CHAUVEAU e HÉLIE** — *Théorie du Code Pénal*, 1861.
- CLEMENTE PEREIRA (José)** — In *Anais do Parlamento Brasileiro*, 1827-1830.
- CLERC (F.)** — *Le Code Pénal suisse et le droit pénal international*, 1938.
- COELHO RODRIGUES (M.)** — *A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada*, 1930.
- CONTIERI** — *Sentenza penale straniera*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, 1.^a parte.
- CORREIA (Eduardo)** — *Unidade e pluralidade de infrações*, Coimbra, 1945.
- COSTA (Armando)** — *O direito intertemporal e o Código Penal*, in *Revista Forense*, vol. LXXXIX.
- COSTA E SILVA (A. J. da)** — *O principio da legalidade e a analogia em matéria penal*, in *Apêndice ao Código Penal*, 1938, II.
— *Código Penal Comentado*, 1930.

BIBLIOGRAFIA

381

- CRIVELLARI — *Il Codice Penale*, 1891, vol. II.
- CUELLO CALÓN — *La navegación aerea desde el punto de vista del derecho penal*, 1915.
— *L'extradition des nationaux, l'extradition des criminels politiques*, 1928.
— *Derecho Penal*, 1943, vol. I, 6.^a ed.
- CYBICHOWSKI — *La compétence des tribunaux à raison d'infractions commises hors du territoire*, in *Recueil des Cours*, 1926, vol. 12, II.
- D'AMELIO — *Sul concetto del diritto penale internazionale*, in *Riv. di dir. pubblico e della pubblica amministrazione*, 1925.
- DANNENBERG — *Liberalismus und Strafrecht im 19 te. Jahrhundert*, 1925.
- DAVID (F.) — *De la reconnaissance des sentences pénales étrangères en France, au point de vue de la recidive et du sursis*, in *Revue internationale de droit penal*, 1938.
- DE LA MORANDIÈRE (J.) — *De la règle "nulla pœna sine lege" (tese de doutorado)*, 1910.
- DELAQUIS — *La collaboration internationale en matière de droit d'extradition*, in *Schweizerische Zeitschrift*, 1934.
- DELITALA (G.) — *Analogia in "bonam partem"*, in *Scritti giuridici "in memoriam" di EDUARDO MASSARI*, 1938, págs. 511 e segs.
— *Criteri direttivi del nuovo Codice Penale*, in *Riv. ital. di diritto penale*, 1935.
- DEMANTE — *Code Civil*, I.
- DE MARSICO — *Diritto Penale*, 1935.
- DE MAURO — *Nullum crimen, nulla pœna sine prævia lege pœnali*, in *Riv. Penale*, 1925, I.
- DIENA — *Considerazioni critiche sul concetto dell'assoluta e completa separazione fra il diritto internazionale e l'interno*, in *Riv. del diritto pubblico*, 1913, I.
— *Sui conflitti di legislazione per reati commessi all'estero*, suppl. à *Riv. Penale*, vol. 11.
- DONATI (D.) — *Il contenuto del principtio della retroattività della legge*, 1915.
- DROST (H.) — *Das Ermessen des Strafrichters (O critério do juiz penal)*, 1930.
- ELVERS — *Die Bedeutung des Satzes "nulla pœna sine lege" in seiner historischen Entwicklung*, 1909.
- ESPÍNOLA-ESPÍNOLA — *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, 1943, I.
- FAGUET — *Culto da Incompetência*.
- FALCHI — *Diritto Penale Esecutivo*, 1935, I.
- FEDOZZI (P.) — *La condition juridique des navires de commerce*, in *Recueil des Cours*, 1925, vol. 10.

- FENWICK (C. G.) — *A Comissão Interamericana de Neutralidade*, in *Revista Forense*, vol. 86.
- FERREIRA BORGES — *Da co-autoria*, in *Anais do I Congresso do Ministério Público*, 3.º, págs. 166 e segs.
- FERRI — *Principii di Diritto Criminale*, ed. 1928.
— *Sociologia criminale*, ed. 1938, II.
— *La solidarietà degli Stati nella lotta contro la delinquenza*, in *La Scuola Positiva*, 1926, VI.
- FEUERBACH — *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847.
- FEUILLOLEY — *Moyens pratiques d'assurer la répression des crimes et délits internationaux*, in *Journal du droit international privé*, 1905, XXXII.
- FIGLIO (P.) — *Traité de droit pénal international*, trad. franc., 1880.
- FLORIAN (E.) — *Analogia penale dei giuristi e analogia penale degli antropologi criminalisti*, in *La Scuola Positiva*, 1936, I.
— *Trattato di Diritto Penale*, p. g., 1934.
- FONTANA (G.) — *Se l'art. 2.º del Codice Penale sia applicabile alle norme penali concernenti l'approvvigionamento e i consumi emanati in occasione della guerra*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1920, I.
- FOUZIER-HERMANN — *Repertoire*, verb. loi, n.º 1.098.
- FRANK (R.) — *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1908.
- GABBA — *Della retroattività della legge in materia penale*, 1869.
— *Teoria della retroattività della legge*, 1891-1899.
- GAVIER — *Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*, 1941.
- GAVIOLA — *O processo pelo júri*, in *Revista Forense*, vol. 83.
- GERMANN (O. A.) — *Die Bestimmungen über das internationale Strafrecht in Schweizerische Vorentwurf 1908 (Os dispositivos sobre direito penal internacional no anteprojeto suíço de 1908)*, 1918.
- GIDEL (Gilberto) — *La mer territoriale et la zone contigüe*, in *Recueil des Cours*, vol. 48, 1934.
- GREGORACI — *La pena del reato permanente o continuato commesso sotto l'impero di leggi diverse*, in *La legge*, 1891, II.
- GRISPIGNI — *Corso di diritto penale*, 1935, I.
- GUNZBURG (N.) — *Les transformations récentes du droit pénal interne et international*, 1938.
— *La trajectoire du crime. Etudes sur le nouveau Code Pénal du Brésil*, 1941.
- HAFTER (E.) — *Keine Etrafe ohne Gesetz (Nenhuma pena sem lei)*, 1921-1922.
— *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, 1946.
- HAMMARSKJÖLD — *Les immunités des personnes investies de fonctions internationales*, in *Recueil des Cours*, 1936, vol. 56.
- HOLTZENDORFF — *Dell'estradizione*, in *Riv. Penale*, 1881, XV.

BIBLIOGRAFIA

383

- HONIG (R.) — *Straflose Vor und Nachtat*, 1927.
- HONNORAT — *Etude sur les moyens de réprimer la criminalité internationale*, in *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 13.
- HOOVER (J. E.) — *O crime nos Estados Unidos*, trad. port.
- HOPFF (A.) — *Das internationale Verbrechen und seine Bekämpfung (A criminalidade internacional e o seu combate)*, in *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 13.
- HUGUENEY — *Le droit pénal et l'aviation*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1924.
- HUGUENEY et DONNEDIEU DE VABRES — *Etudes de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1945.
- HUNGRIA (NÉLSON) — *A repressão penal*, in *O Jornal*, de 18-9-1946.
— *Novas questões jurídico-penais*, 1945, 1 vol.
- HURST (C.) — *Les immunités diplomatiques*, in *Recueil des Cours*, 1926, vol. 12.
- JIMÉNEZ DE ASÚA — *Le principe "nullum crimen sine lege" et la question de l'analogie*, in *Revue de droit pénal et criminologie*, 1936.
— *El derecho penal autoritario en Alemania y el derecho voluntarista*, in *Rev. de Derecho Penal*, 1945, I.
— *Códigos Penales Iberoamericanos*, I.
— *O delito de contágio venéreo*.
— *La ley y el delito*, 1945.
- JOSÉ DUARTE — *A analogia em direito penal*, memória publicada in *Trabajos do 1.º Cong. Latino-Americano de Criminologia*, vol. II, págs. 371 e segs.
— *Da aplicação da lei penal segundo o novo Código*, in *Revista Forense*, vol. 89, págs. 643 e segs.
— *Direito aéreo. A responsabilidade penal do aviador*, in *Jornal do Comércio* de 25-7-1937.
- JOURDAN — *De la jurisdiction compétente a l'effet de connaître des crimes et délits commis en haute mer sur les navires de commerce et des quasi-délits survenus dans les mêmes conditions*, in *Revue de droit international*, 1908, X.
- KELSEN — *Teoria general del Estado*, trad. esp. de LACAMBRA, 1934.
- KITZINGER (F.) — *Ort und zeit der Handlung (Lugar e tempo da ação)*, in *Vergleichende Darstellung*, p. g., 1908, vol. I.
- KLEE — *Strafe ohne geschriebenes Gesetz (Pena sem lei escrita)*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1934, fasc. 10, págs. 639 e segs.
- KÖHLER (J.) — *Internationales Strafrechts*, 1917.
- KUBLI — *Die räumliche Kompetenzabgrenzung staatlicher Strafgewalt (O limite da competência territorial do poder penal do Estado)*, 1901.
- LACERDA (Paulo de) — *Manual do Código Civil*, I.

- LEHMANN — *Das zeitliche Herrschaft des Strafrechtssätzes*, 1897.
- LEHNER — *Der Rechtsgüterschutz (Realprinzip) im sog. internationalen Strafrecht der Schweiz (A proteção do bem jurídico (principio real) no chamado direito penal internacional da Suíça)*, 1917.
- LEONE (G.) — *Applicabilità della legge straniera*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1932, I.
- LEVI (Nino) — “*Tempus commissi delicti*”, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1933.
- LINDENAU — In *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 13.
- LOCKE (John) — *Two treatises of government*.
- LOGOZ (Paul) — *Commentaire du Code Pénal suisse*, 1939.
— *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1938, 1.º fasc.
- LOPEZ-REY — *Qué es el delito?*, 1947.
- MACE DO SOARES (Oscar de) — *Código Penal Comentado*, 1908, 4.ª ed., Rio de Janeiro.
- MADUREIRA DE PINHO (D.) — *La analogia en materia penal (contribuição ao 1.º Congresso Latino-Americano de Criminologia)*, 1938.
- MAGGIORE — *Successione di leggi penali*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, 1.ª parte.
— *Territorio dello Stato, Territorialità della legge penale, Delitto comune del cittadino all'estero, Delitto comune dello straniero all'estero, Riconoscimento di sentenza penale straniera, Delitto politico commesso all'estero*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XII, segunda parte, IV, XI.
— *Computo delle pena, Computo e decorrenza di termini e Leggi penali speciali*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vols. III e VII.
- MANCI — *Delitti sessuali*.
- MANCINI (Ruffo) — In *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V.
- MANZINI — *Trattato di diritto penale italiano*, 1933.
- MAXIMILIANO (C.) — *Hermenêutica e aplicação do direito*.
— *Direito intertemporal ou a teoria da retroatividade das leis*, 1946.
- MELLI — *Lehrbuch des internationalem Strafrecht und Strafprozess-rechts*, 1910.
— *Das Luftschafft im internen Recht und Völkerrecht*, 1908.
- MELITA — *Saggio di diritto penale aeronautico*, 1933.
- MERILHON — *Les Parlements de France*.
- MERKEL (Ad.) — *Derecho Penal*, trad. esp. de DORADO, I.
- MERLIN — *Questions*, verb. Tribunal d'Appellation, § 5.º.
- MESTRE (J. F.) — *Le Juge unique en matière pénale*, 1935.
- MEYNE — *Essai sur la rétroactivité des lois repressives*, 1863.
- MEZGER — *Tratado de derecho penal*, trad. esp. de Muñoz, I e II.

BIBLIOGRAFIA

385

- MIRTO (Pietro) — *Della legge penale, in I codici penali nel primo decennio di attuazione, 1942, vol. I.*
- MONTERO SCHMIDT — *In Rev. de Ciencias Penales, 1946, tomo IX, n.º 4.*
- MONTESQUIEU — *Espírito das leis (1748).*
- MUNIZ NETO — *O principio da legalidade dos crimes e das penas, 1940.*
- NASCIMENTO E SILVA (G. E.) — *Imunidade de jurisdição penal das familias de diplomatas, in Revista Forense, fasc. de setembro de 1947.*
- NEGRI (Ambrosio) — *Dei reati contro la fede pubblica, in Trattato de COGLIOLO, vol. 2.*
- NEUMAN (O.) — *Das Blankogesetz, in Strafrechtliche Abhandlungen, fasc. 87.*
- OLIVI (L.) — *Reati e pene in ordine al tempo, in Trattato de COGLIOLO, 1888, I.*
- ONDEI (E.) — *Solle immunità diplomatiche nel diritto penale, in Annali di dir. e proc. penale, 1938.*
- ORTOLAN — *Éléments de droit pénal, 1875, I.*
- PACCHIONI — *Elementi di diritto civile, n.º 40.*
- PACIFICI-MAZZONI — *Istituzioni di diritto civile, I.*
- PALAZZO (G. A.) — *L'analogia nel diritto penale romano e moderno, in Riv. Penale, 1939.*
— *Territorialità della legge penale, in La Scuola Positiva, 1927.*
- PANNAIN (R.) — *Nozione di reato commesso nel territorio dello Stato, in Riv. ital. di dir. penale, 1925.*
- PAOLI — *Principii di diritto penale, 1929.*
- PAULINO NETO — *Da aplicação da lei penal, in Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo, 1942, vol. III.*
- PECO (J.) — *La analogia penal y la peligrosidad criminal, in Archivos de Medicina Legal, 1936.*
— *La analogia en el derecho penal, in Anais do 1.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, tomo I.*
- PEDERNEIRAS (R.) — *Direito internacional compendiado, 1942.*
- PELLA (V.) — *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir, 1926.*
- PEREIRA DE VASCONCELOS (Bernardo) — *In Anais do Parlamento Brasileiro, 1827-1830.*
- PERRONI-FERRANTI — *Tentativo e complicità in rapporto al diritto penale internazionale, in Riv. Penale, 1901, vol. 53.*
- PESSINA (E.) — *Efficacia della legge penale sotto l'aspetto del luogo, in Enciclopedia, vol. III.*
— *La legge penale, in Enciclopedia, vol. 3.º, 1906.*
- PIRAGIBE (Vicente) — *Consolidação das Leis Penais, 1932.*
— *Legislação penal brasileira e estrangeira, vol. 2.º, 1932.*

- PUIG PEÑA — *Derecho Penal*, vol. I, 1944.
- QUEIRÓS LIMA — *Teoria do Estado*.
- QUEIRÓS (Narcélio de) — *Analogia em "bonam partem" e a Lei de introdução ao Código Civil*, sep. de Arquivos do Ministério da Justiça, 1944, e *Revista Forense*, vol. 100, pág. 5.
- RAGGI (L.) — *Della legge penale e della sua applicazione*, 1927.
— *Sull'efficacia delle leggi temporanee*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1918.
- RANELLETTI — *Polizia di sicurezza*, in *Trattato compl. de dir. amministrativo* de ORLANDO, 1908, vol. IV.
- RANIERI (Silvio) — *L'applicazione delle leggi penali nel tempo*, in *Riv. Penale*, XCVI.
- RAPPAPORT — *Le problème de l'unification internationale du droit pénal*, in *Revue Penitenciaire de Pologne*, 1929 (janeiro, abril).
- RAVIZZA — *Competenza per reati commessi a bordo di navi mercantili*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1944, II.
- ROCCO (A.) — *Law. prep.*, IV, 2.º, 117.
- ROJAS (Angel) — In *Código Penal de la Nación Argentina*, ed. oficial, pág. 498.
- ROTONDI (Mário) — *Interpretazione della legge*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII.
- ROUBIER — *Les conflits des lois dans le temps*, 1929.
- ROUX (J. A.) — *L'entraide des Etats dans la lutte contre la criminalité*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit Internationale*, vol. 36, 1931, II.
- SALDAÑA (Q.) — *La justice pénale internationale*, in *Recueil des Cours*, vol. 10, 1925.
- SALTELLI (Carlo) — *L'analogia e i principii generali di diritto in materia penale*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1934.
- SALTELLI-DI FALCO — *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, I e II, 1931.
- SALVAGNO CAMPOS — *Le délit inomé et l'interprétation analogique*, separata da *Revue Internationale de droit pénal*, 1932.
- SÁ PEREIRA — *Código Penal*, p. g., 1927.
- SCHAFFER (K.) — "*Nullum crimen sine poena*", in *Das kommende deutsche Strafrecht (O futuro direito penal alemão)*, col. por GÜRTNER, vol. I (parte geral), 1935.
- SCHEM (Joachim) — *Die Analogie im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 369, 1936.
- SCHNEIKERT — *Die Bekämpfung des internationalen Verbrechertums*, in *Zeitschrift f. die gesam. Strafrechtswissenschaft*, 1922.
- SCHOCH — *Der Ort der Verbrechensbegehung beim Distanzdelikt (O lugar da prática do crime à distância)*, 1929.

- SCHOTTLAENDER (Adolf) — *Die geschichtliche Entwicklung des Satz: nulla poena sine lege (A evolução histórica do aforismo, etc.)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 132, 1911.
- SECRETAN — *Les immunités diplomatiques des représentants des Etats membres et des agents de la Société des Nations*, 1928.
- SERPA LOPES — *Comentário teor.-prát. da Lei de Introdução ao Código Civil*, 1943, vol. I.
— *Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I.
- SEVERIANO (Jorge) — *Código Penal*, 1941 e 1944.
- SIEGERT (K.) — *Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht (Interpretação e analogia no direito penal contemporâneo)*, 1935.
- SILVEIRA (Alípio) — *A interpretação das leis excepcionais e restritivas de direito em face da nova Lei de Introdução ao Código Civil*, in *Revista Forense*, vol. 105.
- SIMAS (Hugo) — *Código Brasileiro do Ar*, 1939.
- SIQUEIRA (Galdino) — *Código Penal Brasileiro*, 1941.
— *Direito Penal Brasileiro*, p. g., 1932, 2.^a ed.
— *Tratado de direito penal*, 1947.
- SOLER (S.) — *Derecho Penal Argentino*, I e II, 1945.
- SOLNA — *Das Weltrechtsprinzipi im internationalen Strafrecht (O princípio de direito universal no direito penal internacional)*, 1927.
- SOUSA FRANÇA — in *Anais do Parlamento Brasileiro, 1827-1830*.
- STEVENSON (O.) — *Da exclusão de crime*, 1941.
- STOLFI — *Diritto Civile*, I.
- STUART (G.) — *Le droit et la pratique diplomatique et consulaire in Recueil des Cours*, vol. 48, 1934.
- TENÓRIO (Oscar) — *Da aplicação da lei penal*, in *Tratado de direito penal*, ed. Jacinto, vol. I.
- TESAURO — *Il diritto internazionale penale*.
- THORNDYKE — *Man and his works*, 1943.
- TOULLIER — *Droit Civil*, vol. I.
- TRAEGER (L.) — *Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes (O império temporal da lei)*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, p. g., vol. VI, 1908.
- TRAVERS (M.) — *Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et temps de guerre, 1920-1922*.
— *Droit Pénal International*, vol. I.
- TSACONAS — *L'extradition des nationaux*, 1922.
- VABRES (Donnedieu de) — *Les principes modernes du droit international*, 1928.
— *Introduction à l'étude du droit pénal international*, 1922.
— *Il diritto internazionale secondo il Progetto definitivo di Codice Penale italiano*, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico*

- contemporaneo*, I, 1930.
- *Les tendances actuelles du droit extraditional*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1928.
- *La valeur internationale des jugements répressifs d'après le mouvement législative actuel*, in *Revue de droit international et de criminologie*, maio de 1930.
- VENTURINI — *Il riconoscimento delle sentenze penali straniere*, in *Riv. ital. di dir. penale*, 1940.
- VICO — *La cosa giudicata e il progetto del nuovo Codice Penale italiano*, in *Riv. Penale*, vol. 29.
- VIDAL e MAGNOL — *Cours de droit crim.*, 1928.
- VISCHER (F.) — *Les conflits de lois en matière de droit aérien*, in *Recueil des Cours*.
- VON BAR — *Gesetz und Schuld im Strafrecht (Lei e culpabilidade em direito penal)*, 1906.
- VON CLERIC — *Der Bereich des Strafgesetz (O império da lei penal no espaço)*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, vol. 15.
- *Die Beziehungen zwischen "jus puniendi" und Anwendung des Strafgesetz im internationalen Strafrecht, speziell nach zukünftigen schweizerischen Recht (As relações entre "jus puniendi" e aplicação da lei penal no direito internacional, especialmente segundo o futuro direito suíço)*, idem, vol. 14.
- *Betrachtungen zum Begehungsort des Vergehens (Observações sobre o lugar do delito)*, idem, vol. 22.
- VON HIPPEL — *Deutsches Strafrecht*, 1930, II.
- VON LISZT (F.) — *Das Volkrecht*, 1920, 11.^a ed.
- WALTZ (G. A.) — *Les rapports du droit international et du droit interne*, in *Recueil des Cours*, 1937, vol. 61.
- WHARTON — *Criminal law*, vol. I.
- *A treatise on criminal law*, 1896.
- WILLOUGHBY — *Principles of judicial administration*, 1929.
- WILMANS (K.) — *Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit (A chamada imputabilidade diminuida)*, 1927.

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

ÍNDICE ALFABÉTICO

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

ÍNDICE ALFABÉTICO DE ASSUNTOS

(Os números referem-se às páginas)

ABORTO

Estupro — 318

AERONAVES*v. Território***ANALOGIA**Analogia *in bonam partem* —
99, 230

Analogia legal e jurídica — 95

Aplicação da lei penal — 25

Princípios gerais — 61, 307

APLICAÇÃO DA PENA

Arbitrio judicial — 109, 233

ARBÍTRIO JUDICIALAplicação da pena — 109, 233,
305**ASILO**

Asilo diplomático — 368

Asilo territorial — 368

Convenção de Caracas — 264,
366

Crime político — 374

Princípios gerais — 266

CAUSAS SUPRALEGAIS DE**JUSTIFICAÇÃO**

Conceituação — 101

CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

Princípios — 104

CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Critério de aplicação — 317

Culpa consciente — 317

**CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMI-
NOSOS**

Princípios — 64

CO-AUTORIA

Fórmula legislativa — 316

CÓDIGO BRAS. DO AR

Território nacional — 245

CÓDIGO CRIMINAL DE 1830

Apreciação geral — 47

CÓDIGO PENAL DE 1890

Crítica — 300

CÓDIGO PENAL DE 1940

Autoria intelectual — 350

Elaboração — 307

Princípios gerais — 41

**CONCURSO APARENTE DE
NORMAS**

Consumção — 147

Especialidade — 146

Falso e crime patrimonial —
241Fato anterior e fato posterior
impunível — 148Fraudulenta disposição de coisa
obtida criminosamente — 241

Previsão legislativa — 239

Princípios gerais — 144

Subsidiariedade — 147

COSTA e SILVA

Contribuição ao CP — 299

COSTUME

Princípios gerais — 102

CRIME CONTINUADO

Analogia — 97

- Condições de tempo e lugar — 338
- Definição e requisitos — 337
- Elemento subjetivo unitário — 329
- Maneira de execução — 340
- Teoria objetiva — 306, 321
- Teoria objetivo-subjetiva — 322
- CRIME CULPOSO**
- Conceituação — 313
- Tentativa — 309
- CRIMES A DISTÂNCIA**
- Teoria da ubiqüidade — 309
- CRIMES DE IMPRENSA**
- Legislação — 296
- Novas figuras de delito — 297
- Medidas preventivas — 295
- Responsabilidade objetiva — 298
- CRIMES DE OPINIAO**
- Conceito — 202
- CRIMES DO AUTOMÓVEL**
- Embriaguez ao volante — 294
- Fuga do motorista — 294
- Leis especiais — 293, 294
- Omissão de Socorro — 294
- CRIMES ELEITORAIS**
- Crimes políticos — 195
- CRIMES POLÍTICOS**
- Conceito — 195, 262
- Crimes eleitorais — 195
- Crimes políticos relativos — 200
- Extradicação — 262
- CRIMES PURAMENTE MILITARES**
- Conceito — 194
- CRIMINOSO HABITUAL**
- Sentença estrangeira — 260
- Tratamento — 288
- CULPA**
- Culpabilidade do caráter — 278
- Culpabilidade pela conduta da vida — 278
- Responsabilidade sem culpa — 292, 293, 304, 312
- DEFESA SOCIAL**
- Nova Escola — 271
- DIREITO DE PUNIR**
- Relação jurídica — 115
- DIREITO PENAL BRASILEIRO**
- Evolução histórica — 53
- DIREITO PENAL COMPARADO**
- Histórico — 358
- Objeto e finalidade — 362
- DIREITO PENAL INTERNACIONAL**
- Conceito — 192
- DIREITO PENAL TRANSITÓRIO**
- v. *Lei penal no tempo*
- DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**
- Conceito — 104
- DOLO EVENTUAL**
- Configuração — 309
- Dolo indireto — 303
- DUPLO BINARIO**
- Pena e medida de segurança — 276, 286
- EFICÁCIA DA SENTENÇA ESTRANGEIRA**
- Princípios gerais — 207, 259
- Reincidência e habitualidade — 260
- EGRESSOS**
- Estabelecimento de trabalho — 291
- EMBRIAGUEZ**
- Condução de veículos — 294
- EMPRESA PÚBLICA**
- Definição — 257
- ERRO DE DIREITO**
- Erro de fato e erro de direito — 293
- Responsabilidade — 292, 315
- ERROS DO TEXTO LEGAL**
- Solução jurídica — 103
- ESPAÇO AÉREO**
- v. *Território*

- ESTUPRO**
Configuração do delito — 96
- EUTANÁSIA**
Ortotanásia — 342
- EXTRADIÇÃO**
Cláusula do atentado — 263
Condições para concessão — 262
Crimes de opinião — 264
Crimes políticos — 262
DL 394 — 201
Princípios gerais — 260
Prisão preventiva — 265
- EXTRATERRITORIALIDADE**
v. *Lei penal no espaço*
- FRAUDE FISCAL**
v. *Sonegação fiscal*
- GENOCÍDIO**
Extraterritorialidade — 257
- HOMICÍDIO PRIVILEGIADO**
Solução legislativa — 318
- IMPRENSA**
v. *Crimes de imprensa*
- IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS**
Agentes consulares — 183, 250
Convenção de Viena — 248
Princípios gerais — 182, 248
- IMUNIDADES PARLAMENTARES**
Princípios gerais — 188
Sistema atual — 252
- INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA**
Conceituação — 101
- INTERPRETAÇÃO**
Analogia — 95
Autêntica, judicial ou doutrinária — 70
Declarativa, restritiva e extensiva — 90
Direito comparado — 89
Elemento histórico — 87
Elemento sistemático — 85
Evolutiva — 87
Extensiva — 95
Gramatical e lógica — 80
In dubio pro reo — 94
Princípios gerais — 63
Teleológica — 83
Trabalhos preparatórios — 87
- LEGISLAÇÃO ESPECIAL**
Subsidiariedade do CP comm — 213, 268
- LEGÍTIMA DEFESA**
Caráter subsidiário — 304, 316
Excesso — 316
Violação de domicílio — 305
- LEI MAIS BENIGNA**
Conceituação — 236
- LEI PENAL EM BRANCO**
Princípios gerais — 103
Tempo do crime — 137
- LEI PENAL NO ESPAÇO**
Conceito de território — 244
Crimes cometidos contra brasileiro no estrangeiro — 193
Crimes cometidos por brasileiro no estrangeiro — 193
Extraterritorialidade — 189, 256
Non bis in idem — 205
Princípio da territorialidade — 154, 157
Princípios gerais — 154
Tratados e convenções — 186
- LEI PENAL NO TEMPO**
Abolitio criminis — 121
Benefícios — 125
Casos duvidosos — 133
Causas extintivas de punibilidade — 126
Condições de processabilidade — 130
Extra-atividade da lei penal — 114
Irretroatividade da lei mais grave — 114
Lei nova mais favorável — 119
Leis excepcionais ou temporárias — 139

- Medidas de Segurança — 138
 Modificativos da pena — 124
 Mudança da natureza da pena — 122
 Prescrição — 237
 Princípios gerais — 113, 235
- LEIS EXCEPCIONAIS OU TEMPORÁRIAS**
 Lei penal no tempo — 139
 Sucessão no tempo — 239
- LESÃO CORPORAL**
 Seguida de morte — 317
- LIVRAMENTO CONDICIONAL**
 Interpretação — 91
- LUGAR DO CRIME**
 Princípios gerais — 243
 Teoria da ubiqüidade — 158, 244
- MAR TERRITORIAL**
v. Território
- MEDIDAS DE SEGURANÇA**
 Inimputáveis — 279, 286
 Lei penal no tempo — 138, 238
 Princípio da reserva legal — 227
 Sistema do duplo binário — 276, 286
- MENORES**
 Código de Menores — 59
- MULTA**
 Critério do dia-multa — 291
- NAVIOS**
v. Território
- PENA**
 Coação psicológica — 44
 Curta duração — 292, 306
 Finalidade — 274, 277, 285
 Frações não computáveis — 268
 Indeterminada — 278
 Individualização — 305
 Multa — 291
 Privativa da liberdade — 279
 Regime progressivo — 316
 Retribuição — 284
- PRESCRIÇÃO**
 Lei penal no tempo — 237
- PRETERINTENCIONALIDADE**
 Configuração — 310
- PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL**
 Analogia e interpretação — 61
 Costume — 102
 Direito Penal nazista — 22
 Direito soviético — 22, 220
 Evolução histórica — 35
 Exigência de lei escrita — 223
 Funções do princípio — 222
 Incriminação vaga e indeterminada — 223
 Legislação brasileira — 47
 Lei de segurança nacional — 225
 Medidas de segurança — 227
Nulla poena sine lege — 228
 Países socialistas — 221
 Princípios gerais — 21
 Proibição da analogia — 223
 Tipos abertos — 226
- PRISÃO ABERTA**
 Pena — 281, 289
- REINCIDÊNCIA**
 Sentença estrangeira — 260
- RESPONSABILIDADE**
 Crimes qualificados pelo resultado — 292
 Sem culpa — 312
- SEDUÇÃO**
 Abuso de inexperiência — 319
- SENTENÇA ESTRANGEIRA**
v. Eficácia da sentença estrangeira
- SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA**
 Definição — 257
- SONEGAÇÃO FISCAL**
 Incriminação — 294
- TECNICISMO JURÍDICO PENAL**
 Princípios — 104

TEMPO DO CRIME

Crimes permanentes e continuados — 136

Definição legal — 238

Lei penal em branco — 137

Leis intermédias — 136

Princípios gerais — 134

TEORIA DA UBIQUIDADE

Lugar do crime — 162

TERRITÓRIO

Aeronaves — 176, 177, 180, 246

Conceito — 166, 244

Domínio fluvial — 172

Espaço aéreo — 175, 244

Lagos e lagoas — 171

Mar territorial — 173, 244

Navios — 177, 246

Pontes — 170

Rios fronteiriços — 168

Território nacional por extensão — 246

TIPICIDADE

Princípios da reserva legal — 22

TIPOS ABERTOS

Princípio da reserva legal — 226

TRATADOS E CONVENÇÕES

v. *Lei penal no espaço*

TRIBUNAL DE NUREMBERG

Aspectos jurídicos — 39, 231

TRIBUNAL DO JÚRI

Apreciação crítica — 55

DL 167 — 54

Evolução do Direito Penal brasileiro — 53

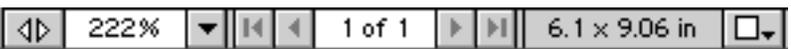
VOLTA



Conheça melhor os comandos do Adobe Acrobat Reader



- Busca por palavras**
- Visualização 100%**
- Encaixa página na tela**
- Encaixa página na largura**
- Segue à última página vista**
- Volta à última página vista**
- Vai à última página**
- Próxima página**
- Página anterior**
- Primeira página**
- Selecionar Textos**
- Lente de aumento**
- Movimentar Páginas**
- Miniaturas e marcadores**
- Imprimir**
- Abrir outros documentos**
- Sobre o Acrobat Reader**



- Páginas contínuas**
- Tamanho da página**
- Movimentação pelas páginas**
- Nível de Zoom**
- Miniaturas e marcadores**

