

ARTIGO

Delitos de favorecimento pessoal e real

ROBERTO-DELMANTO E
ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Dispõe o art. 348 do Código Penal, sob o nomen juris de favorecimento pessoal: "Auxiliar a subtrair-se à ação da autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa; § 1º. Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena-detenção, de quinze dias a três meses, e multa; § 2º. Se quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena."

A jurisprudência e a doutrina tradicionalmente não têm exigido que o "crime" anterior tenha sido objeto de decisão condenatória transitada em julgado para configurar-se o delito do art. 348, ou seja, que o "criminoso" favorecido haja sido condenado por decisão definitiva.

Assim, já decidiu o STJ, citando Hungria, que "não é preciso, sequer, que, no momento, a auto-

ridade esteja procurando o criminoso"; "basta que, mais cedo ou mais tarde, o favorecido tenha de ser alcançado pela autoridade como criminoso" (RHC 2.824, DJU 11/10/93, p. 21.341).

Todavia, referindo-se o art. 348 a autor de crime (caput) e criminoso (§ 2º), e não a acusado de crime ou simplesmente acusado, pensamos que, diante das garantias constitucionais do direito à desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, LVII) ou presunção de inocência (art. 5º, § 2º, da Constituição da República c/c art. 14, 2, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e art. 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana de Direitos Humanos — os dois últimos, tratados subs-

critos e ratificados pelo Brasil) e da reserva legal (CR/88, art. 5º, XXXIX e § 2º; PIDCP, art. 15, I; CADH, art. 9º), esta igualmente prevista no art. 1º do Código Penal, que veda o emprego da interpretação extensiva ou da analogia para punir, o auxílio ou favo-

com o art. 349 do Código Penal, que, sob o nomen juris de favorecimento real, preceitua: "Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa."

Embora exista decisão antiga do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, sustentando que "constitui pressuposto do delito de favorecimento real a comprovação prévia da existência de crime anterior praticado pelo favorecido e reconhecido por decisão transitada em julgado" (Franceschini, *Jurisprudência*, 1975, II/nº 2393), a corrente jurisprudencial majoritária tem entendido que basta a certeza do crime anterior por parte do favorecedor para caracterizar-se o crime (Tribunal de Justiça de São Paulo, *RJTJSP* 71/323).

Contudo, tendo o art. 349 do Código Penal empregado a expressão criminoso, e não acusado de crime ou simplesmente acusado, cremos igualmente que, diante das já citadas garantias constitucionais do direito à desconsideração prévia de culpabilidade ou presunção de inocência e da reserva legal, o auxílio ou favorecimento que este tipo penal pune é somente o prestado àquele que já tiver sido condenado por cri-

me, com decisão transitada em julgado.

Estabelece, por fim, o art. 287 do Código Penal, sob o nomen juris de apologia de crime ou criminoso: "Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa."

Referindo-se este artigo, em sua segunda parte, a autor de crime, e não a acusado de crime ou simplesmente acusado, entendemos que, diante das aludidas garantias constitucionais, a apologia que ele incrimina, em sua última parte, é somente a de autor de crime que assim tenha sido considerado por decisão condenatória passada em julgado.

Portanto, o auxílio ou favorecimento a acusado, ou a apologia de acusado, ou seja, de pessoa que ainda não tenha sido condenada definitivamente, será, a nosso ver, atípico.

Dir-se-á, talvez, que tal interpretação poderá ter consequências morais danosas, deixando impunes aqueles que, em evidente conduta anti-social, por exemplo, favorecerem ou fizerem a apologia de acusado de um crime hediondo como a extorsão mediante seqüestro.

Mas, então, que se altere o Código Penal, pois é este, como lei ordinária, que deve se adaptar à Constituição da República, e não o contrário (nesse sentido: STJ, RHC 2.472-4, rel. min. Adhemar Maciel, v.u., DJU 10/5/93, p. 8.648).

Os autores são advogados criminais em São Paulo.

"O auxílio ou favorecimento a acusado, ou a apologia de acusado, ou seja, de pessoa que ainda não tenha sido condenada definitivamente, será, a nosso ver, atípico"

recimentô que este tipo penal incrimina é somente o prestado àquele que já tiver sido condenado por crime, com decisão transitada em julgado.

O mesmo ocorre, a nosso ver,