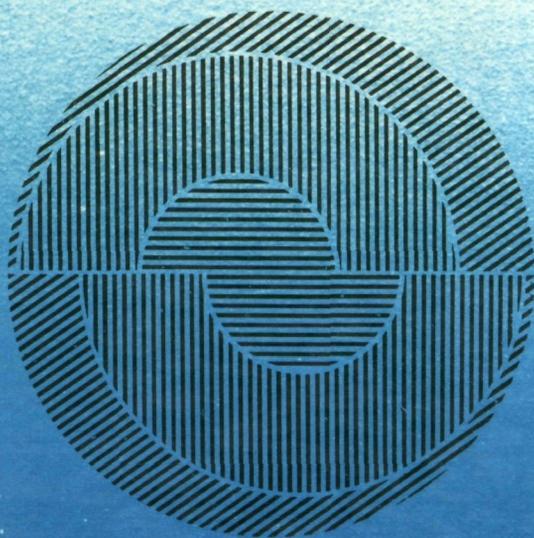


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1978
ANO 15 • NÚMERO 59

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 15 n. 59 — julho/setembro 1978

**Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal**

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961—1967)

e

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1946—1967)

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

**Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado
Federal — Anexo I — 22º andar — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília-DF**

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 15	n. 59	jul./set. 1978
------------------------	-----------------	--------------	--------------	-----------------------

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração
são de responsabilidade de seus autores

Preço deste exemplar: Cr\$ 30,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria
de Edições Técnicas

Tiragem: 10.000 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA
PIDESE CANJE
ON DÉMANDE L'ÉCHANGE
WE ASK FOR EXCHANGE
SI RICHIERE LO SCAMBIO

Revista de Informação legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-
Brasília, Senado Federal.

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

VI CONGRESSO NACIONAL DE CIÊNCIAS PENAIS

COMUNICAÇÕES APRESENTADAS AOS 1º E 2º ENCONTROS PREPARATÓRIOS AO VI CONGRESSO NACIONAL DE CIÊNCIAS PENAIS

	<i>Pág.</i>
Apresentação	5
1º Encontro (Porto Alegre)	
-- O Estado de Direito e a segurança nacional -- <i>Alcides Munhoz Neto</i>	7
-- Aspectos da indisponibilidade da norma processual penal — <i>Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFP</i>	25
-- Da intervenção do ofendido na ação de revisão criminal — <i>Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFP</i>	29
-- Considerações sobre a Lei nº 6.416.77 — <i>Luiz Vicente Cernicchiaro</i>	33
-- Os caminhos da reforma e o direito a constituir — <i>René Ariel Dotti</i>	37
2º Encontro (Curitiba)	
-- Processo de execução e direito de defesa — <i>Ada Pellegrini Grinover</i> ..	53
-- Descriminalização e criminalização — Considerações sobre os crimes de infanticídio e adultério. A direção perigosa de veículo na via pública — <i>Antonio José Fabricio Leiria</i>	63
-- Perdão judicial — <i>Amauri Serralvo</i>	67
-- Descriminalização — <i>Damásio E. de Jesus</i>	69
-- Lei de segurança nacional — <i>Heleno Cláudio Fragoso</i>	71

	Pág.
— Considerações sobre a perempção da ação penal pública e a respeito da prisão e liberdade no futuro Código de Processo Penal — <i>Gilberto Niederauer Corrêa</i>	87
— Período inicial do cumprimento das penas privativas de liberdade no regime fechado, à luz do direito positivo e do direito a constituir — <i>Luiz Chemim Guimarães</i>	91
— Alguns aspectos da Lei nº 6.416/77 — <i>Luiz Vicente Cernicchiaro</i>	101
— O direito de queixa e a decadência — <i>Maurílio Moreira Leite</i>	115
— O inquérito policial e seu indeferimento nos crimes de ação penal privada — <i>Maurílio Moreira Leite</i>	117
— A suspensão condicional da pena, o livramento condicional e a contra-venção penal — <i>Maurílio Moreira Leite</i>	121
— Considerações sobre a interpretação da norma processual penal — <i>Mauro Rennan Bittencourt</i>	123
— Individualização da pena, circunstâncias legais e determinação do grau de periculosidade — <i>Miguel Reale Junior</i>	127
— A prescrição retroativa e a Lei nº 6.416, de 24-5-77 — <i>Nilo Batista</i>	131
— O projeto do Código de Processo Penal e a Carta de Belo Horizonte — <i>Nílzardo Carneiro Leão</i>	137
— Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional — <i>Oto Luiz Sponholz e Antonio Acir Breda</i>	149
— "Sursis" simples e "sursis avec mise à l'épreuve" — <i>Paulo Pinto de Carvalho</i>	153
— O "habeas corpus" de ofício no futuro Código de Processo Penal — <i>Plínio de Oliveira Correa</i>	157
— Descriminalizações e despenalizações no direito penal positivo brasileiro — <i>Raul Chaves</i>	167

PESQUISA

— A Corte Suprema (Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal) — <i>Ana Valdez A. N. de Alencar</i>	209
---	-----

PUBLICAÇÕES

— Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	279
---	-----

VI Congresso Nacional de Ciências Penais

Apresentação

A *Revista de Informação Legislativa* — por sugestão do Senador Accioly Filho, penalista de renome e Relator-Geral do Projeto de Código de Processo Penal, no Senado Federal — abre suas páginas aos trabalhos preliminares do VI Congresso Nacional de Ciências Penais a ser realizado em novembro próximo, em Brasília, numa promoção do Instituto Brasileiro de Ciências Penais.

O Instituto, dando continuidade ao seu programa de pesquisas e reuniões especializadas, realizou, este ano, dois encontros preparatórios ao Congresso, um em Porto Alegre (julho) e outro em Curitiba (setembro), visando a recolher teses, comunicações e propostas, tendo por objeto a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, a Lei de Segurança Nacional e o Projeto de Código de Processo Penal. Esta Proposição, como é do conhecimento público, vem de ser retirada do Legislativo pelo Poder Executivo, a fim de ser compatibilizada com o Código Penal de 1940, uma vez que foi revogado o Decreto-Lei nº 1.004, de 1969, quando em *vacatio legis*. O fato, entretanto, não prejudica a conveniência e a oportunidade do Congresso, cujas conclusões serão úteis para o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, ainda que não reformulada organicamente.

O Estado de Direito e a segurança nacional

ALCIDES MUNHOZ NETO

1. O objetivo deste trabalho é apontar os princípios básicos que, em um Estado de Direito democrático, devem orientar a incriminação de fatos atentatórios à segurança nacional. Trata-se de ensaio em estabelecer os valores a serem penalmente tutelados, para a salvaguarda do Estado, em sua independência, estrutura e organização político-social. Mas, trata-se, também, e sobretudo, de reafirmar os limites a que, neste campo, se deve sujeitar a atividade repressiva, para que não fique comprometida a realização dos direitos do homem, de que o próprio Estado deve ser o garantidor.

A esperança na restauração de um autêntico Estado de Direito, anunciada pelos agentes do poder e pela qual anseiam os mais expressivos setores da vida nacional, torna oportuna a revisão das leis que definem os crimes contra a segurança, máxime do Decreto-Lei nº 898/69. Elaborado às pressas, em momento de crise política, com o País governado por Junta Militar, o referido diploma ressentia-se de inúmeras imperfeições, algumas das quais apontadas pelos seus próprios aplicadores. Com efeito, membros do egrégio Superior Tribunal Militar têm reclamado dos excessos contidos naquele decreto, principalmente no que se refere ao desproporcionado rigor de suas penas. Sirva de exemplo a recente e oportuna entrevista do Ministro AUGUSTO FRAGOSO, reconhecendo a necessidade de reformas, nem só quanto ao Decreto-Lei nº 898/69, mas ainda quanto ao Decreto-Lei nº 975/69 e à Lei nº 5.786/72. Preconiza o ilustre General-de-Exército a codificação de todos os delitos políticos em um só diploma legal e sugere alterações liberalizantes como: a abolição da pena de morte; a suavização das penas privativas de liberdade, em seu **quantum** e modo de execução; o integral respeito ao princípio da legalidade, com maior clareza na definição das condutas puníveis e referências ao móvel político ou ao modo de execução, nos casos em que também constituam delitos comuns. (Folha de S. Paulo, ed. 23-4-78, 1º caderno, pág. 8.) Como estas idéias correspondem ao pensamento dominante nos meios jurídicos da nação, há um consenso quanto à necessidade de reforma das leis de segurança. Tal revisão é indispensável à anunciada abertura política, posto que, como proclamou BETTIOL, "é na disciplina penal e processual penal dos crimes políticos que se deve procurar a pedra de toque do grau de democracia da **polis**... Num clima político totalitário, todo crime tende, em razão de sua matéria ou em razão da intenção do agente a transformar-se em crime político, de modo que não há lugar para o crime comum; num regime de liberdade, pelo contrário, a categoria dos crimes políticos tende a reduzir-se" (Instituições de Direito e Processo Penal, tradução de MANUEL DA COSTA ANDRADE, Coimbra, 1974, pág. 295).

Constituindo dever da Ordem dos Advogados do Brasil contribuir para o aperfeiçoamento de nossas instituições jurídicas (Lei nº 4.215/63, art. 18, I), é de incontestável utilidade, forneça sua VII Conferência Nacional subsídios à reformulação da lei acerca dos crimes políticos, proclamando os princípios que a classe gostaria de ver respeitados na futura legislação.

2. Sob um aspecto meramente formal, Estado de Direito é o que possui um sistema de leis expressamente estabelecidas. Tal formulação, de cru positivismo jurídico, é de todo insatisfatória. Qualificar como Estado de Direito toda organização política, que se regule por um conjunto de leis, implica em reconhecer tal qualidade aos sistemas totalitários. É que estes também dispõem de normas disciplinadoras da vida social, embora o autocrata, em última instância, as possa suprimir ou alterar, para que deixem de ter validade geral ou não se apliquem a certos casos especiais. É de se enjeitar, pois, o pensamento de KELSEN, segundo o qual, do ponto de vista da ciência jurídica, o direito do regime nazista seria um Direito a ser lamentado, mas impossível de ser negado (*Das Naturrecht in der politischen theorie*, 1963, pág. 148, apud H. WELZEL, *El problema de la validez del derecho*, trad. de JOSÉ MARIA RODRIGUEZ PANIAGUA, Madri, 1971). As dramáticas vicissitudes que, neste século, abalaram os alicerces do mundo jurídico, através a instituição de Estados totalitários com sistemas cegamente baseados em sua validade exclusiva, acentuaram a necessidade de reconhecer-se que há leis que não constituem Direito, assim como há direitos que não adquirem a consistência de uma lei. Não constituem Direito as leis arbitrárias que só se impõem pelo poder de coação do Estado. A validade real da norma jurídica decorre de sua aceitação pela comunidade humana a que se destina. Segundo WELZEL, uma ordem imposta pela força não se converte em ordem jurídica, senão no momento em que se incline em seu favor a maior parte das forças morais de um povo, isto é, quando o comportamento inequívoco da população reconhece-lhe a propriedade de ser uma pauta orientadora da conduta (ob. cit., pág. 82). Constituem Direito, sem ser leis, os princípios decorrentes da idéia da Justiça, baseada na autonomia moral do ser humano, a quem se deve reconhecer uma dimensão jurídica que *o Estado ou a coletividade não podem sacrificar ad nutum*. Contrárias, pois, ao Direito, ainda que como tal não reconhecidas pela lei, são todas as situações que rebaixam o homem ao nível de objeto, utilizável por outros homens, como simples instrumento.

No sentido de considerar a autonomia do homem como um valor supra-estatal, coincidem as formulações jusnaturalistas com as teorias que deduzem a idéia de Justiça, quer do princípio da igualdade, quer da adequação dos meios para atingir um fim reto.

Na concepção iluminista do Direito Natural, fruto do racionalismo absoluto do século XVIII, todo o poder funda-se no corpo social e é instituído para o homem, cujos direitos são anteriores ao Estado, porque decorrentes da própria dignidade do ser humano. Desta forma, a liberdade, condição inerente ao ser racional, só comporta sacrifícios na estrita necessidade da vida coletiva, em função da liberdade dos demais. O jus-

naturalismo escolástico ou tomista é também deduzido da natureza racional do homem, mas identifica a idéia de Direito com a idéia de Justiça, como imperativo absoluto. Daí a consequência de que, sempre que a Justiça é observada, são implicitamente respeitadas a dignidade e a liberdade humanas, constituindo as exigências de justiça fonte substancial do direito positivo, às quais deve se curvar o legislador. "Trata-se de garantia para a liberdade, o reconhecer a dignidade da pessoa humana, cuja salvaguarda deve ser a aspiração constante de toda legislação" (BETTIOL, ob. cit., pág. 21). Em perspectiva existencialista do Direito Natural, a pessoa humana é, por igual, o fulcro das preocupações. Não sendo mera parte de um sistema, o homem deve ser valorizado como ser singular. Em desfavor do sistema há de resolver-se o conflito de deveres, sempre que o homem seja chamado a escolher entre valores que lhe são inerentes e imposições do direito positivo, porque "a pessoa humana é o valor cultural supremo, num dado momento histórico" (*idem*, pág. 23).

Fora dos quadros do jusnaturalismo, proclama-se que "quando na formulação do direito positivo se deixa de lado, conscientemente, a igualdade, então não estamos só ante uma lei que estabelece um Direito defeituoso, senão ante um caso de ausência do Direito. Porque não se pode definir o Direito, inclusive o direito positivo, senão dizendo que é ordem estabelecida com o sentido de servir à Justiça" (GUSTAV RADBRUCH, **Leis que não são Direito e Direito acima das leis**, tradução de J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA, pág. 14). Sob outro prisma, afirma-se que a melhor maneira de conceituar a Justiça, a cuja idéia deve curvar-se o juiz, é dada pela chamada teoria finalista: uma ação é correta juridicamente quando constitui um meio proporcionado, correto, não reprovável, para a consecução de um fim reto. Ao inverso, nenhuma ação, nem a do legislador, pode ser correta juridicamente, se se propõe a um fim em si mesmo incorreto, ou se se propõe alcançar um fim correto, com meios desproporcionados, ou incorretos (cfr. EBERARD SCHMIDT, **A lei e os juizes**, trad. de J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA, pág. 57). O conteúdo da fórmula é fornecido por valorações materiais, segundo as idéias, costumes e cultura jurídica de formação cristã e sobretudo pela idéia moral do homem em sua caracterização como ser autônomo.

Todas as construções acima, assentes embora em premissas distintas, acentuam que o Direito não pode nunca perder de vista o respeito à personalidade do homem, concebida com a sua autonomia e liberdade de decisão. Desta forma, substancialmente, como Estado de Direito, só pode ser considerado o que se autolimita para respeitar os direitos individuais, ou seja, os direitos que constituem, no dizer de RUI, "ao derredor de cada um de nós, uma esfera sagrada, que à autoridade social não é lícito penetrar sem violência ou injustiça" (**O Papa e o Concílio**, pág. 109). Sendo o arbítrio político incompatível com a liberdade individual, "pode-se dizer que o traço político pelo qual se reconhece o Estado de Direito é o grau de garantia de que são cercados os indivíduos" (QUEIROZ LIMA, **Teoria do Estado**, pág. 57). Em outras palavras, no Estado de Direito, a autoridade deve ser posta a serviço das liberdades da pessoa humana, sem prejuízo para os superiores e legítimos interesses da coletividade (ARY FLORÊNCIO GUIMARÃES, **Liberdades fundamentais da pessoa hu-**

mana em face do Estado, in Anais do I Congresso Interamericano do Ministério Público, São Paulo, 1956, vol. II, pág. 336).

3. Se o Estado de Direito é, em substância, o que respeita as liberdades individuais, importa fixar-lhes o conteúdo. Trata-se de preliminar importante para estabelecer, axiologicamente, os bens e interesses, para cuja realização o poder público deve, a um só tempo, autolimitar a sua ação repressora e dispensar-lhes eficiente tutela jurídica.

a) Por largo tempo não se reconheceu as liberdades do homem. Orgânica e politicamente, o Estado antigo era um todo absolutista e despótico (FUSTEL DE COULANGES, **A cidade antiga**, vol. I, pág. 348). Embora o cristianismo haja estabelecido princípios favoráveis à liberdade, decorrentes da igualdade e da sacralidade do homem, a era liberal só se iniciou no século XVIII. Após os precedentes anglo-saxões consubstanciados na **Magna Charta Libertatum** (1215), na petição de direitos (1628), na instituição do **habeas corpus** (1679) e no **bill of rights** (1689), o liberalismo encontrou consagração na nascente República dos Estados Unidos da América e na intelectualizada nação francesa. A Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração da Independência Americana (1776), assim como a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, constituíram-se em profissões de fé no Direito Natural e na filosofia individualista da época. Em linhas gerais, reconheceram a preexistência de direitos humanos universais e permanentes e a conseqüente necessidade de os Estados se organizarem para garanti-los. Tais direitos são, nem só os inerentes à autonomia humana (a igualdade, a liberdade e a propriedade), como os que decorrem da vida em sociedade, mas destinam-se a garantir aqueles (direito ao voto, à legalidade dos impostos, à igualdade de acesso aos cargos públicos, à liberação de expressão). A tais direitos vieram crescer-se as liberdades de comércio, de reunião e de petição (JEAN ROCHE, **Libertés publiques**, 3ª ed., pág. 11).

b) Consagrados pelo direito positivo do mundo civilizado, os direitos do homem permaneceram incontestes até o fim da primeira guerra mundial. Iniciaram-se, então, as tentativas de negar-lhes a transcendência, com o socialismo-marxista, o nazismo e o fascismo. O comunismo reputou-os direitos formais, só acessíveis aos ricos e contrapôs-lhes, como direitos verdadeiros, os direitos econômicos (ao trabalho, seguro, férias etc.) e as liberdades intelectuais (consciência, religião, palavra, imprensa, reunião e associação). Ao nacional-socialismo, os direitos do homem não tinham qualquer razão de subsistir. Ligados entre si por vínculos de sangue, os indivíduos identificar-se-iam, sendo absorvidos pela comunidade nacional e racial. Tal comunidade era o critério supremo de valoração das condutas do homem, destinado tão só a exercer as funções que o todo lhe atribuisse. Para o fascismo, o fulcro da realidade social e política transferira-se do homem para o Estado. Este reivindicava para si "um poder originário e autônomo, face à vontade dos indivíduos, em todos os setores da atividade política" (BETTIOL, ob. cit., págs. 76 e 91).

As apontadas negações totalitárias aos direitos humanos tradicionais não lhes infirmaram, contudo, a importância. Após a derrota, na segunda

grande guerra, da Alemanha e da Itália, as duas nações voltaram aos padrões liberais e neles se mantêm, sem indícios de regressões às negras épocas passadas. Paralelamente, vêm desaparecendo os regimes de inspiração nazi-fascista, a exemplo do que aconteceu com Portugal e com a Espanha. No bloco oriental, é permanente o descontentamento com o totalitarismo do Estado. Apesar do rigor da repressão, levantou-se a Hungria em 1956 e estão em revolta até hoje os intelectuais oprimidos. É que, na prática, não prevalecem, sequer, as declarações dos direitos econômicos e das liberdades intelectuais constantes das constituições das repúblicas populares. Aos trabalhadores nega-se o direito de greve, a pretexto de que não mais existem os que os exploravam. O direito de propriedade circunscreve-se às pequenas economias resultantes do trabalho pessoal. E o exercício das liberdades intelectuais é condicionado pelos interesses do partido único, que, monopolisticamente, se rotula o guarda avançado das classes obreiras. Em suma, na concepção marxista, os direitos e liberdades não são concedidos aos indivíduos para que exerçam suas próprias opções, pois estas estão "irrevogavelmente presas à sociedade comunista e toda utilização da liberdade que se desviar deste rumo pode ser condenada como ilícita" (JEAN ROCHE, ob. cit., pág. 21).

c) A preocupação dominante, na época das declarações de direitos, era a de substituir as estruturas dos Estados de Polícia, pelo Estado de Direito. À burguesia de então interessava que toda a atividade dos órgãos públicos estivesse expressamente regulada por precisos dispositivos legais, para a salvaguarda dos direitos do cidadão. Este sentido nitidamente individualista impediu que também fossem contemplados os direitos sociais, tendentes a propiciar melhores condições de existência aos menos favorecidos e a regular, de forma justa, os conflitos entre o capital e o trabalho. É que o reconhecimento de tais direitos implicava em admitir a intervenção do Estado em setores que os liberais do século XVIII julgavam interditados à ação do poder. Após a segunda guerra mundial, acentuou-se a necessidade de estender a um maior número o exercício de liberdades individuais. Cedendo ao império de novas condições de vida, as Constituições desprenderam-se da rígida concepção liberal do Estado, para distender o seu âmbito "a todos os setores em que se faça precisa a ação equilibradora do poder público, no sentido de reger a vida coletiva, não somente no seu aspecto político, senão também no econômico e até no moral" (SEABRA FAGUNDES, **O controle dos atos administrativos**, 2ª ed., págs. 11 e 12). Sem negar a transcendência dos direitos individuais, os sistemas democráticos os adaptaram às novas necessidades, ao mesmo tempo em que reconheceram direitos novos. As adaptações consistiram em: condicionar o direito de propriedade ao interesse social; em sujeitar a liberdade de comércio à regulamentação crescente, à vista do bem comum e em admitir, como decorrência da liberdade de associação, a sindicalização dos trabalhadores e a formação de partidos políticos. Os direitos novos expressaram-se nos direitos relacionados ao emprego (dissídios individuais e coletivos, greve e formação profissional) e na igualdade profissional e política da mulher. Desta forma, as organizações democráticas adquiriram um cunho social, que lhes permitiu superar as contestações totalitárias, posto que, em lugar de negarem os clássicos direitos individuais, a pretexto de se constituí-

rem em privilégios da fortuna, os tornaram acessíveis a todas as camadas da população, reafirmando, assim, a supremacia da pessoa humana, sobre os outros valores que ao Estado incumbe atender. Este é, incontestavelmente, o fundamento básico das democracias ocidentais. Sua justificação personalista as distingue das democracias populares. "No ocidente a democracia é referida ao **homem pessoa**, no sentido de que ele tem um valor e um significado anterior e independentemente da sua inserção no coletivo; ao contrário, nos países socialistas, a única realidade ontológica é o **homem massa**, o indivíduo inserido na coletividade, na classe ou na categoria a que pertence" (BETTIOL, ob. cit., pág. 97).

4. Segundo JEAN ROCHE (ob. cit., pág. 6), os direitos humanos ou liberdades públicas podem ser, atualmente, classificados em fundamentais e complementares. As liberdades fundamentais compreendem: **1) o princípio da igualdade**, como condição primeira para prevenir a opressão; **2) as liberdades da pessoa**, isto é, aquelas que garantem a sua integridade e a sua autonomia; **3) os direitos políticos**, de votar e ser votado, que asseguram ao indivíduo a sua participação nos negócios públicos; **4) o direito de propriedade**, posto que nada sustenta mais a liberdade do indivíduo que a posse de seus bens. Como liberdades complementares são consideradas aquelas necessárias ao exercício das liberdades fundamentais. Não se trata de liberdades secundárias, mas de condições que dão efetividade aos demais direitos. Compreendem, portanto, as liberdades de pensamento (liberdade de imprensa, de religião, de associação, de reunião etc.) e uma gama de direitos econômicos e sociais, que criam ou melhoram as condições materiais da liberdade (direito ao trabalho, direito sindical, direito de greve, liberdade de comércio e de indústria, no sentido moderno).

A classificação acima parece mais satisfatória do que as que distinguem entre direitos individuais e direitos sociais, ou entre liberdades formais e liberdades reais. É que os direitos fundamentais e os direitos complementares são referidos ao homem e não ao corpo social, ou à classe, o que permite reduzir às duas categorias todas as liberdades públicas constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948), de que o Brasil é subscritor.

5. Sem que o exercício das liberdades públicas seja assegurado de modo eficaz, restam, obviamente, ilusórias as suas enunciações em documentos internacionais ou em textos de cartas políticas. Destarte, tão importante quanto enumerar os direitos do homem, é aparelhá-los de efetivas garantias.

Ainda não se concretizou o velho sonho de estabelecer uma proteção internacional aos direitos do homem, de modo a fazê-lo um verdadeiro cidadão do mundo (GUETZÉVITCH, **As novas tendências do Direito Constitucional**, São Paulo, 1933, pág. 179). Apesar da abundância de declarações, convenções, tratados e protocolos, o Direito das Gentes não logrou tornar obrigatórios os textos asseguradores das liberdades humanas, por falta de mecanismos parajurisdicionais e jurisdicionais que sancionem as suas violações. Mesmo para as populações dos países do Velho Mundo, que ratificaram a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950),

a tutela internacional é limitada. Embora instituídos no documento uma Comissão e um Tribunal de Direitos do Homem (art. 19), tais órgãos não podem conhecer sempre de queixas por ofensas a liberdades públicas, posto que a atuação de ambos depende do consentimento dos Estados acusados (arts. 25 e 46).

A tutela aos direitos do homem tem de ser buscada, assim, internamente, na organização de cada Estado. Nos regimes democráticos, as liberdades públicas contam com garantias políticas e com garantias jurisdicionais.

De um modo geral, as garantias políticas decorrem quer do direito de crítica reconhecido aos cidadãos, quer do sistema constitucional adotado, quer, ainda, da influência da opinião pública sobre os governantes. O direito de crítica implica nem só no direito de petição, como no de estabelecer grupos que pressionem os órgãos estatais. No sistema constitucional, o princípio da separação e independência dos poderes desempenha o mais importante papel na salvaguarda das liberdades. A influência da opinião pública manifesta-se através de referendos e de eleições, desde que sejam livres. Ao lado destas garantias políticas genéricas, certos Estados contam com garantias políticas específicas. É o que ocorre na Suécia e na França, que possuem órgãos especialmente destinados a fiscalizar a observância dos direitos do homem, pela administração pública e pelos tribunais, com total independência em face do poder político e possibilidade de advertir, repreender e responsabilizar criminalmente seus agentes, pelos abusos que cometam. O **ombudsman** sueco e o **médiateur** francês desempenham estas funções, o primeiro como delegado do Parlamento e o segundo por investidura do Conselho de Ministros, com mandato de seis anos e amplas imunidades (Lei 73-6, de 3 de janeiro de 1973).

As garantias jurisdicionais, que, por motivos óbvios, pressupõem a independência dos juizes, consistem nem só no controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, à vista das liberdades públicas asseguradas aos cidadãos, como também na faculdade de impor sanções disciplinares e penais aos funcionários responsáveis por violações, bem como de obrigar a reparação dos danos causados.

Também como garantia dos direitos do homem, situa-se a segurança do Estado. Este, quando suas instituições são liberais, é o primeiro garante das liberdades dos cidadãos (JEAN ROCHE, ob. cit., pág. 39). Efetivamente, o Estado não é um fim em si mesmo, mas meio de promover a felicidade de seus súditos, assegurando-lhes o bem-estar moral e material. Para isto é que o Estado reconhece os direitos individuais, a cujo serviço coloca a coação física de que dispõe (ver ATALIBA NOGUEIRA, **O Estado é meio e não fim**, pág. 153). No desempenho dessa alta missão, é preciso que o Estado não se deixe destruir e mantenha sua independência, bem como o pleno e normal funcionamento de suas instituições.

Nesta perspectiva, única adequada às democracias, a incriminação de fatos atentatórios à segurança nacional apresenta-se como instrumento de defesa da liberdade. O Estado não pode tolerar, sem negar-se a si

próprio, a atividade dos que, valendo-se das liberdades que ele assegura, queiram terminar com a própria liberdade. O dogma de que **não há liberdade contra a liberdade**, fundamenta, pois, a repressão dos delitos dirigidos contra o Estado, como unidade orgânica das instituições políticas e sociais e garante dos direitos dos cidadãos. A legitimidade em incriminar condutas contrárias à segurança externa ou interna do Estado decorre também do constitucionalismo, isto é, do princípio de que, só por meios jurídicos, pode ser reformada a estrutura do Estado. O emprego de meios anormais para alterar as instituições, estabelecidas pelo povo, através de legítimos representantes, livremente escolhidos, constitui, pois, violação ao direito da maioria, de manter a ordem político-social por ela adotada.

6. Mas, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que é garantia da liberdade, a repressão dos atentados à segurança nacional também apresenta graves perigos aos direitos do homem. Isto porque nem sempre a incriminação parte do conceito exato de segurança nacional e observa os princípios democráticos básicos do Direito Penal e Processual Penal. Como adverte JEAN ROCHE (ob. cit., pág. 39), há "o perigo de uma extensão abusiva da noção de atentado à segurança do Estado, que inelutavelmente conduz à repressão de delitos de opinião (Estados autoritários ou totalitários). Então, não se estará mais protegendo o Estado, como pessoa moral estática no interesse geral, e sim defendendo determinada concepção política". E há ainda "o perigo de se recorrer a jurisdições e procedimentos de exceção", posto que "a repressão dos atentados à segurança do Estado, em vista da importância da causa, é muitas vezes organizada com menosprezo às garantias de direito comum".

Na verdade, a punição dos delitos políticos já representou um dos mais sombrios capítulos da penalidade. Segundo QUINTANO RIPOLLES (**Curso de Derecho Penal**, Madri, 1963, pág. 461), é relativamente fácil assinalar uma linha evolutiva da criminalidade política: parte do conceito sacral de crime político como sacrilégio (antigo oriente); integra-se totalitariamente à figura do **lesa-majestade** dos absolutistas; num sentido oposto de privilégio, laiciza-se com os liberais do século XIX; finalmente, recrudescer com a proliferação da delinqüência anarquista. No direito comparado, a delinqüência política deixou de merecer a auréola, um tanto romântica, de privilégio, que outrora ostentava. É de SEBASTIAN SOLER a observação de que "a história atual tem mostrado energicamente à democracia o resultado de sua complacência, porque ao lado dos levantes mais ou menos caseiros, teve de defrontar-se com a ameaça não apenas teórica de uma destruição. E os que trouxeram esta ameaça estão muito longe do perfil romântico e idealista do defensor das liberdades do povo traçado pela doutrina. Em geral se trata de meras formas de abuso fraudulento ou violento do poder, para negar diretamente a vontade da maioria, já burlando-a com a introdução da fraude como sistema eleitoral permanente, já torcendo-a demagogicamente com sistemas de "panem et circenses", já, finalmente, dissolvendo-a pelo terror e até por aniquilamento material" (**Derecho Penal Argentino**, vol. V, B. Aires, 1956, pág. 18).

Contudo, precisamente porque a eficiente repressão dos delitos contra a segurança nacional deve inspirar-se na defesa dos postulados de-

mocráticos (soberania do povo, divisão dos poderes e garantia dos direitos individuais), redobradas devem ser as cautelas legislativas, no sentido, nem só de evitar que a função penal degenera de instrumento da Justiça em meio de opressão e vingança, como também de não castigar atos de criminalidade problemática.

7. O primeiro cuidado deve ser o de precisar o que seja segurança nacional.

A técnica moderna distingue entre os ataques ao Estado e os ataques ao sistema. No totalitarismo de cunho nacional-socialista ou marxista, manifestou-se a tendência de equiparar os conceitos, assemelhando os ataques contra a existência do Estado aos contra o regime imperante. Trata-se de valores perfeitamente diferenciáveis, porque os primeiros afetam a vida do Estado e da Pátria, no que tem de permanente, enquanto que os segundos vulneram tão só interesses acidentais de regime político (cfr. RIPOLLES, ob. cit., pág. 465). Segurança nacional, assim, não é o que os governantes definam como tal em determinada conjuntura política. Segundo o saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, "segurança nacional envolve toda matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país; suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças internas e externas, sejam elas atuais ou imediatas, ou ainda em estado potencial próximo ou remoto. . . . Os direitos e garantias individuais, o federalismo e outros alvos fundamentais da Constituição ficarão abalados nos alicerces e ruirão se admitirmos que representa segurança nacional toda a matéria que o Presidente da República declarar que o é, sem oposição do Congresso" (in voto no RE 62.731, RTJ, vol. 45, págs. 559 e ss.).

Não é democrático, portanto, definir segurança nacional "como a garantia da consecução dos objetivos nacionais, contra antagonismos tanto internos como externos", a exemplo do art. 2º do Decreto-Lei nº 898/69. Quem estabelece os objetivos nacionais é, consoante a Constituição da República, o Conselho de Segurança Nacional (art. 89, nº 1). Como tal órgão é composto exclusivamente por agentes do Poder Executivo (Presidente e Vice-Presidente da República e Ministros de Estado — art. 88), a fórmula encerra o risco de confundir objetivos nacionais, com interesses governamentais. Além disso, como pondera HELENO CLAUDIO FRAGOSO, segurança não é garantia, mas estado: "se quisermos um estado de garantia, mas não pode ser garantia para alguma coisa" e "os antagonismos são típicos de um regime democrático. Só as ditaduras não os toleram" (**Jurisprudência Criminal**, 1973, vol. II, nº 29, págs. 41 e 42).

Sob outro prisma, o próprio exame das leis brasileiras, em matéria de crimes contra a segurança nacional, conduz a que as diversas figuras delituosas nelas definidas podem ser classificadas nas seguintes categorias: **a)** crimes contra a personalidade internacional do Estado, abrangendo fatos que são lesivos à sua soberania ou independência, como provocação de guerra, espionagem e violação da neutralidade; **b)** crimes contra a personalidade interna do Estado, que lesam seus interesses relativos à defesa da ordem constitucional; da incolumidade das funções

do Estado; da dignidade de seus órgãos; da inviolabilidade dos representantes máximos dos poderes da República; do decoro da Nação e do respeito aos seus símbolos; c) crimes contra Estados estrangeiros, capazes de afetar as relações do Brasil com outros países, mercê de ofensas ao direito de respeito recíproco, assim como as violações de imunidades de representantes de nações estrangeiras; d) crimes contra os direitos políticos do cidadão (Lei nº 1.802/53, arts. 8º e 23), compreendidos como tais a oposição a funcionamento de partido político e a ofensa ou coação por motivos doutrinários. Nesta categoria poderiam ser incluídas as coações, violências, fraudes e corrupções contra eleitores, bem como a defraudação das votações e apurações. São fatos que afetam direitos políticos individuais, embora, entre nós, definidos por lei diversa da dos crimes políticos, isto é, pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65, arts. 289 a 335). É que, em relação aos crimes eleitorais, a tutela penal "é estatuída, primacialmente, no interesse das instituições representativas, o que vale dizer: no sentido da regularidade da atuação do Estado segundo o regime democrático indireto, cujo êxito está conceitualmente subordinado ao voto popular na seleção da elite ou *right men* a que devem ser confiadas a elaboração das leis e a suprema gestão da coisa política. Os crimes eleitorais, exatamente apreciados, são, por consequência, crimes contra o Estado ou contra a ordem política" (NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, ed. 1949, vol. I, pág. 166, nota 44). As incriminações têm compreendido, além da consumação e da tentativa, via de regra equiparadas *quot poenam*, também atos preparatórios das ofensas mais graves, a exemplo do que acontece com o aliciamento de estrangeiros para a invasão do Brasil e com o incitamento público à violência.

Da própria especificação dos bens e interesses afetados pela criminalidade política, segundo o Direito brasileiro, pode-se concluir que segurança nacional é a incolumidade do Estado, em sua independência, soberania, estrutura constitucional, funcionamento e independência dos poderes, bem como a incolumidade dos direitos políticos do cidadão.

8. Estabelecida a genérica natureza dos crimes contra a segurança nacional, cumpre tratar dos limites a que, num Estado de Direito, deve se submeter o legislador, na seleção das condutas puníveis a este título. Tais limites são os decorrentes dos princípios básicos do Direito Penal democrático.

Uma análise da doutrina comparada permite fixar os atuais fundamentos do Direito Penal das democracias autênticas. A nosso ver, quanto aos crimes contra a segurança nacional, são importantes os seguintes princípios: 1) da objetividade naturalística e jurídica; 2) da legalidade; 3) da culpabilidade; 4) da proporcionalidade da pena.

a) Se o Estado de Direito tende a assegurar ao indivíduo a inviolabilidade de sua esfera de autonomia, crime não pode ser um acontecimento puramente interno, pois este não viola a esfera de autonomia de outrem. O Direito Penal democrático tem de ser objetivamente orientado no sentido de que a *nuda cogitatio* não pode constituir suporte de um delito. O crime deve ser algo que altera as condições preexistentes do

mundo exterior, e portanto, um **quid** susceptível de percepção censória. Nisto reside o princípio da objetividade naturalística, que se liga a uma exigência de certeza e, portanto, de segurança jurídica, no interesse da liberdade individual. Só os regimes totalitários têm a pretensão de prescrutar a alma humana. A ação delituosa deve manifestar-se num fato objetivo, daí decorrendo também a impossibilidade de identificar o crime como **um modo de ser do agente** (BETTIOL, ob. cit., págs. 79, 99, 124, 125 e 127).

Conseqüências da objetividade naturalística, no campo dos delitos políticos, são a impossibilidade de incriminar os **pensamentos: cogitatio-nis poenam nemo patitur**, assim como de castigar alguém por professar ideologia diversa da dominante. Com o desdobramento do mesmo princípio, lícito não é privar o homem dos meios de informação que deseja, nem puni-lo pela posse de obras e livros com idéias inaceitáveis ao regime. Na atual lei de segurança nacional, justiça lhe seja feita, não há qualquer dispositivo que incrimine idéias ou a posse de material para formá-las. Persiste, no entanto, a censura de livros e periódicos, não limitada ao tempo de guerra ou ao estado de sítio, nem circunscrita à interdição de publicações pornográficas, ou de informações relativas à defesa nacional, ou de certos debates judiciários. A atual extensão da censura atenta contra a liberdade de imprensa, pois, nas democracias, afora as apontadas exceções, prevalece o princípio da liberdade de informação, com responsabilidade administrativa e penal, **a posteriori**, pelos abusos eventualmente cometidos.

Pelo princípio da objetividade jurídica, a existência do crime é subordinada à efetiva ou potencial lesão de um bem ou interesse tutelados pelo Direito. O comportamento delituoso não constitui puro ato de rebelião ou desobediência, como afirmaram os teóricos do totalitarismo penal. O crime é agressão a determinado valor. A identificação deste valor é que dá conteúdo à esfera de autonomia do indivíduo. O Direito Penal democrático é o Direito Penal do resultado (**Erfolgsstrarecht**); contrapõe-se ao Direito Penal da vontade (**Willensstrafrecht**) do nacional-socialismo, que considerava o crime como a mera infidelidade à orientação política, ou seja, à vontade da **Führung** (BETTIOL, ob. cit., págs. 76, 80 e 118).

No que toca aos crimes contra a segurança nacional, o problema reside em que a objetividade jurídica destes é demasiadamente ampla. Isto porque, ao lado dos **crimes políticos puros**, que lesam ou ameaçam de lesão bens concernentes à segurança externa ou interna do Estado, como a independência nacional, a integridade do território, as relações do Estado com os demais Estados, a forma de governo e a formação e a atividade dos poderes, existem os **delitos políticos relativos**, que lesam ou ameaçam bens de direito comum, como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção, o patrimônio etc., mas são considerados políticos, porque praticados em conexão com crimes contra a segurança nacional, ou porque são simultaneamente ofensivos da ordem político-social e de um bem jurídico privado (NELSON HUNGRIA, ob. cit., vol. I, pág. 170).

b) A amplitude dos bens ou interesses jurídicos que podem ser afetados pelos crimes políticos, determina a necessidade de uma cuidadosa **tipificação desta categoria de** ilícitos. O princípio da legalidade, consubstanciado no dogma do **nullum crimen, nulla poena sine praevia lege**, assume particular relevância quanto aos crimes contra a segurança nacional. É necessário que a lei fixe, de forma precisa, qual o fator que justifica a inclusão de um crime comum entre os crimes políticos. A respeito, parece-nos que o melhor critério é o subjetivo, que atende à motivação política da conduta. Tal critério adapta-se ao Direito brasileiro, que, para efeitos de extradição, proibida, em princípio, para os crimes políticos (Constituição Federal, art. 153, § 15), manda atender à preponderância da infração política ou da infração comum (Decreto-Lei nº 394/38, art. 2º, § 1º). Ora, nos crimes políticos relativos, a preponderância só pode ser deduzida pelo fim último visado pelo agente. Em consequência, a infração de direito comum só deve ser erigida à categoria de crime contra a segurança nacional, se praticada com nítido móvel político. Sem isto, corre-se o risco de ampliar demasiadamente o campo desta categoria de crimes. Não faz sentido, por exemplo, considerar como delito contra a segurança nacional o roubo de bancos praticado sem nenhuma motivação política, como faz o art. 27 do Decreto-Lei nº 898, de 1969. Trata-se de crime comum contra o patrimônio, cuja repressão já decorre do Código Penal. Os crimes políticos resultantes de infrações de direito comum devem conter sempre, como elemento subjetivo do tipo, o fim de atentar contra a segurança nacional, correspondente, na nomenclatura tradicional, a um dolo específico (HELENO C. FRAGOSO, ob. cit., pág. 29).

Ainda quanto à tipificação de crimes contra a segurança nacional, cumpre atender à recomendação da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, no sentido de que "as leis penais devem descrever fatos puníveis de maneira inequívoca, sem deixar dúvidas sobre sua proibição". Isto é essencial no Estado de Direito, em que as relações entre a autoridade e a liberdade devem estar claramente definidas. A indeterminação do conteúdo do crime pode suscitar verdadeiras formas de arbítrio por parte do magistrado. Daí a importância em fixar que o princípio da legalidade não se limita à exigência da anterioridade da lei incriminadora, mas impõe também ao legislador o dever de não formular **tipos abertos**, entendidos como tais, aqueles em que o enunciado da conduta típica deixa margens a incertezas na sua interpretação (ANIBAL BRUNO, **Direito Penal**, tomo IV, pág. 41). Necessário, portanto, evitar a inclusão no tipo de elementos normativos, cujo sentido não se deduz prontamente, mas tem de ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz e que trazem consigo o germe da imprecisão (idem).

A vigente lei de segurança nacional contém vários tipos abertos, a exemplo do que ocorre com o seu art. 45, que incrimina a ação de **fazer propaganda subversiva**. Como não há descrição do que seja tal propaganda, podem ser enquadradas neste dispositivo as mais variadas situações, de acordo com o paladar do juiz. Ora, tipos semelhantes suscitam

graves problemas jurídico-políticos, que se podem sintetizar no problema da **discricionariedade**. Pela elasticidade da configuração, enseja-se a elasticidade da repressão (SEABRA FAGUNDES, **Direitos do homem, a ordem pública e a segurança nacional**, 1974, pág. 4). Numa lei que pretenda tutelar a liberdade do indivíduo, os elementos descritivos devem prevalecer sobre os normativos, a fim de que nem tudo seja remetido para a concreta decisão do magistrado (BETTIOL, ob. cit., pág. 116).

c) A efetiva averiguação da culpa **lato sensu** é também uma exigência da liberdade política. Trata-se do momento caracteristicamente pessoal da imputação punitiva, pois através do juízo da culpabilidade é que se pode estabelecer se, pela perpetração de um fato típico, deve ser dirigida uma censura a seu autor. Há uma correlação íntima entre o princípio da legalidade e o princípio da culpa. Pelo primeiro, só se pode ser punido pela prática de um fato que a lei expressamente prevê como crime; pelo segundo, o crime deve ser imputável ao autor, em termos pessoais. No Direito Penal democrático, a responsabilidade aparece sempre ligada ao princípio da culpa, no sentido de que só podemos ser responsabilizados por aquilo que praticamos em termos que legitimem um juízo de culpa (BETTIOL, ob. cit., págs. 34, 163 e 164).

A censura pessoal, em que consiste o juízo de culpa, pressupõe, ao lado da imputabilidade, seja possível ao autor conhecer a ilicitude de seu procedimento, prever-lhes todas as conseqüências e agir de maneira diversa. Não há, destarte, culpa, sem potencial consciência da antijuridicidade, sem previsibilidade dos resultados não queridos e sem exigibilidade de comportamento conforme ao Direito. E sem culpa nenhuma sanção penal é aplicável.

O princípio do **nulla poena sine culpa** deve presidir todo o sistema punitivo liberal, máxime no domínio da criminalidade política. Próprio dos Estados totalitários é fundar a pena, não na culpabilidade, mas na periculosidade da ação ou do agente. Foi o que se viu no nacional-socialismo, depois de a reforma de 1935 substituiu o princípio da legalidade, pelo critério de considerar crime toda ação atentatória ao são sentimento do povo alemão. Foi também o que ocorreu na União Soviética, com o Código Penal de 1926, reputando perigosas as ações dirigidas contra a estrutura do Estado ou lesivas à ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses (art. 6º). Ainda hoje, embora restaurado o princípio da reserva legal pelo Código Penal de 1960 (art. 3º), a idéia de periculosidade é o fator preponderante no sistema repressivo soviético. É que a legalidade ali, além de não limitar o poder estatal, é meio para a realização dos fins da ditadura do proletariado. O Direito Penal marxista deve assumir uma **intenção de classe**, na medida em que é instrumento de força para a defesa das posições conquistadas pelos trabalhadores através da revolução. Pune-se o homem não pela culpa, mas porque sua ação é, de per si, objetivamente perigosa, ou porque ele próprio é considerado perigoso para a ordem estabelecida (BETTIOL, ob. cit., págs. 71 e 74). Nas democracias, ao contrário, a periculosidade é mero critério complementar, para determinar a forma de execução da pena ou para a imposição de medida de segurança aos inimputáveis.

c) Se, pelos princípios já expostos, a sanção penal assenta-se na prática de um fato lesivo a um bem ou interesse tutelado, previsto em lei como crime e pela qual o seu autor pode ser objeto de censura, a pena, nos Estados de Direito, tem de ser proporcionada à importância do valor ofendido e à culpabilidade do agente. A proporcionalidade, em relação ao bem ou interesse jurídico lesado ou ameaçado é estabelecida pelo legislador ao prefixar a qualidade e a quantidade da pena, em seus limites mínimo e máximo; a proporcionalidade, quanto à culpa, é averiguada pelo juiz, em função do grau de censurabilidade de que o autor do crime possa ser objeto.

A pena, assim, apresenta-se como dupla resposta: resposta à anti-juridicidade, na qual prepondera o aspecto social, com a qualificação do fato como lesivo de um interesse comunitário; resposta à culpabilidade, em que prevalece o aspecto pessoal, com o estabelecimento da censura ao agente. Sendo essencialmente resposta, a pena não decorre da necessidade de defesa social, pela intimidação ou pela ressocialização do delinqüente. Estes objetivos não devem influir nos momentos da sua cominação e da sua aplicação. A intimidação não justifica sanções exageradas, até porque não é o rigor das penas, mas a certeza da punição que realiza a prevenção geral. A ressocialização do delinqüente interessa à fase executória da pena privativa de liberdade, no sentido de adequá-la à personalidade do agente e, sem desrespeito à sua duração máxima, torná-la mais flexível, quanto a forma de cumprimento, segundo a periculosidade do agente (*sursis*, escolha do estabelecimento, livramento condicional etc.). Na síntese de BETTIOL, "a pena é uma reação contra o delito, mas uma reação pessoal, inspirada por critérios ético-retributivos, proporcionada à gravidade do crime cometido, determinada no tempo e executada de modo a permitir também a reeducação do delinqüente, finalidade que, dizendo respeito à execução da pena, não afeta sua natureza ontológica" (ob. cit., pág. 129).

É, realmente, indispensável que a pena seja precisa e determinada no tempo, para evitar-se arbitrios de caráter político. Uma pena indeterminada ofende os princípios fundamentais de um Estado de Direito, em que toda a limitação da liberdade individual deve ser temporalmente delimitada (idem, pág. 171). Só a pena como resposta satisfaz esta exigência democrática. A pena, como mera providência de prevenção especial, necessariamente parte, quanto à sua escolha e duração, do objetivo de ressocializar o criminoso. Ora, isto conduz a aceitação de uma pena indeterminada, expressão de concepções políticas totalitárias.

Para o legislador, resulta da essência da pena, como resposta, o imperativo de estabelecê-la em correspondência à gravidade da infração, segundo os sentimentos comuns. Da finalidade da pena, como meio recuperatório, decorre-lhe a proscricção de uso de medidas que comprometam tal objetivo. Os elaboradores do Decreto-Lei nº 898/69 não se ativeram a estas limitações. As penas são de aberrante rigor, relativamente à gravidade das infrações. Basta lembrar que a ofensa pública, por palavras ou escrito, a chefe de governo de nação estrangeira implica em reclusão de dois a seis anos (art. 21). Ora, a qualquer juiz repugnaria aplicar semelhante sanção, *v.g.*, ao estudante, que escrevesse num muro

palavras ofensivas ao ditador de uma republiqueta africana qualquer. Mesmo aplicada no grau mínimo, a pena seria iníqua, tendo em vista a não admissibilidade do *sursis* para as infrações políticas (art. 75). De outra parte, com a absurda cominação das penas de prisão perpétua e de morte para vários crimes contra a segurança nacional, além de contrariadas as tradições de nosso Direito, fica comprometido o ideal ressocializador. Perpétua a privação da liberdade, de nada vale ao delinqüente recuperar-se, posto que não voltará a usufruir da respiração do ar social. E a pena de morte, sobre ser a completa negação do sentido reeducador, constitui-se em autêntico instrumento de opressão (BETTIOL, ob. cit., pág. 173).

Não se compreende, ainda, porque, além da pena capital, a privação de liberdade seja a única providência repressiva, de que se utiliza o Decreto-Lei nº 898/69. No Direito Penal contemporâneo, a prisão está em franca crise. No século XIX acreditava-se em sua eficácia ressocializadora; hoje é ela encarada como fator criminógeno. Trata-se do resultado natural da evolução da penologia: da mesma forma que as penas corporais, cruéis e infamantes, cederam passo para as penas privativas de liberdade, estas, agora, devem dar vez a outras sanções, patrimoniais ou restritivas de liberdade. Não se trata de abolir a privação de liberdade para os casos mais graves, merecedores de repressão enérgica, mas o de usar a prisão como último recurso, conforme recomendou Congresso Internacional de Direito Penal (*Rev. de Direito Penal*, n.ºs 15/66, pág. 82). Se tal é a tendência do Direito Penal comum, com maior razão, deve prevalecer quanto aos crimes políticos. Afora as formas de terrorismo, muitos destes crimes não se revestem de extrema gravidade. Daí a afirmação de HUNGRIA, de que se explica, assim, "que entre todos os povos cultos, na época moderna, certos favores de que gozam tais crimes, quando não sejam simples máscara a delinqüência comum, se tornassem uma tradição, que só a intolerância dos governos divorciados da opinião pública ou dos regimes mal consolidados pode abstrair. Segundo um princípio integrado na consciência jurídica universal, só ultimamente rompido com a 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**" (ob. cit., vol. I, pág. 170).

9. A efetiva realização dos princípios básicos do Direito Penal democrático depende de adequadas garantias processuais. No Estado de Direito, o processo penal não é um instrumento de perseguição aos dissidentes políticos, mas um meio para a tutela da liberdade substancial e processual do réu. Trata-se de consequência inelutável do princípio de que a democracia recebe sua legitimidade da pessoa humana singular. Nos regimes discricionários, pela prevalência dos interesses da comunidade racial ou da sociedade de classe, o processo penal inspira-se na idéia de desinfecção social, através de combates a elementos tidos por anti-sociais. Nesta perspectiva, o processo penal do nazismo aboliu a paridade entre as partes e aumentou os poderes do Ministério Público, para

favorecer à acusação, ao mesmo tempo em que suprimia as garantias da magistratura, ampliava os casos de prisão preventiva e limitava os recursos. No mesmo sentido orientou-se o totalitarismo soviético, que, embora já tenha abolido o princípio da presunção de culpa, de início adotado, ainda não reconhece a presunção de inocência, permitindo condenações, em caso de dúvida. Nos regimes liberais, ao contrário, o processo penal, encarado como instrumento de tutela de valores éticos ou de defesa do Direito, caracteriza-se, em síntese, pelos princípios da plena publicidade da instrução; da liberdade pessoal do réu até a condenação definitiva; da paridade absoluta entre a acusação e a defesa; da passividade do juiz na coleta de provas e da contínua comunicação ao réu dos fatos por cuja prática é acusado, assim como das provas contra ele reunidas (BETTIOL, ob. cit., págs. 315 a 317).

Sem descer a minúcias que escapam ao âmbito deste trabalho, parece-me que, quanto ao processo por crime contra a segurança nacional, cumpre dar ênfase às garantias de independência da magistratura, presunção de inocência e plenitude de defesa.

A independência da magistratura é condição mínima para que o processo penal se constitua em relação jurídica triangular. Como o Estado, nos delitos políticos, figura como sujeito passivo, não se concebe que o próprio Estado apareça como juiz em causa própria, com sacrifício da imparcialidade, valor fundamental na função judicante. Esta contradição só é superada pela **separação dos poderes**, que informa a estrutura constitucional do Estado de Direito. A condição do Estado como sujeito passivo dos crimes políticos tem de circunscrever-se ao Estado-Administração, não se estendendo ao Estado-Juiz. A independência real da magistratura perante os órgãos do Poder Executivo é, pois, o requisito básico das garantias processuais, sobretudo nos momentos de inquietude política do mundo contemporâneo.

Da presunção de inocência decorre que, em caso de dúvida, os conflitos entre o **jus puniendi** e o **jus libertatis** não de ser decididos em favor do último. O **In dubio pro reo** deve inspirar, quanto aos crimes políticos, nem só a apreciação da prova, como a própria exegese da norma. E impõe também que a prisão preventiva seja limitada aos casos de extrema necessidade e dependente de fundada suspeita contra o réu.

A plenitude da defesa pressupõe o acesso a todos os recursos e remédios, contra a ilegalidade e o abuso do poder. Nega-a a proibição do **habeas corpus** quanto aos crimes políticos, restrição injustificável, posto que os excessos não constituem monopólio das autoridades encarregadas da repressão à criminalidade comum, apresentando-se, com maior freqüência, na atividade repressora dos crimes políticos, mercê das influências de paixões momentâneas. Inerente à plenitude da defesa é, ainda, a comunicação da acusação ao indiciado, para permitir-lhe preparar defesa adequada. Sem isto, não há processo penal digno deste nome. Mas tal garantia é illusória se, comunicada a acusação ao indiciado, não se lhe permitir imediato contacto com defensor de sua escolha. Impõe-se, assim, abolir a incomunicabilidade absoluta imposta aos presos por suspeita de crime político (Decreto-Lei nº 898/69, art. 59, § 1º), assegurando-se a ple-

nitude do direito que o art. 89, nº II, da Lei nº 4.215/63, assegura aos advogados.

10. De tudo o que foi exposto, cabe extrair as seguintes conclusões e propostas:

I — Estado de Direito é o que se autolimita para respeitar as liberdades individuais. Estas são direitos do homem, com valor supraconstitucional, no sentido de obrigar moralmente os legisladores a respeitá-los e de servir como critério decisivo aos juizes, na interpretação e aplicação das normas.

II — Os direitos humanos acham-se enumerados na Declaração Universal da ONU e compreendem direitos fundamentais e direitos complementares. Os direitos fundamentais relacionam-se à igualdade, às liberdades da pessoa, ao direito político de votar e ser votado e ao direito de propriedade. Os direitos complementares, necessários ao exercício dos fundamentais, dizem respeito à liberdade de pensamento e aos direitos econômicos. A liberdade de pensamento compreende as liberdades de imprensa, de associação e de reunião. Os direitos econômicos expressam-se no direito ao trabalho, no direito sindical, no direito de greve e na liberdade de comércio e indústria.

III — No Estado de Direito, a segurança nacional constitui meio de garantir as liberdades públicas. Protege-se o Estado, para que este possa garantir os direitos individuais. A legitimidade da incriminação de atentados à segurança nacional repousa no princípio de que, só por meios jurídicos podem ser alteradas as instituições estabelecidas pelo povo, através de legítimos representantes, livremente escolhidos.

IV — É mister que a lei defina, limitativamente, segurança nacional. O conteúdo desta não deve continuar ao arbitrio do Poder Executivo. No Estado de Direito, a segurança nacional circunscreve-se à incolumidade do Estado e à incolumidade dos direitos políticos dos cidadãos. A incolumidade do Estado concerne à sua soberania, estrutura constitucional, funcionamento e independência de poderes. Os direitos políticos do cidadão garantem aos eleitores a prerrogativa de seleção das pessoas, às quais se deva confiar a elaboração das leis e a suprema gestão da coisa pública.

V — Como o Estado de Direito visa assegurar ao indivíduo a inviolabilidade de sua esfera de autonomia, o crime há de decorrer de fatos externos, ofensivos a bens ou interesses jurídicos. Da mesma forma, o ilícito político não pode consistir em ter-se idéias dissidentes das do regime, nem na mera posse de meios para formá-las. Indispensável, pois, assegurar expressamente a liberdade de imprensa e de publicações, sem censura prévia, com responsabilidade administrativa e penal **a posteriori**, por abusos eventualmnte cometidos.

VI — As infrações de direito comum, como homicídio, lesões corporais, ofensas à honra, seqüestros e roubos só podem ser erigidas à categoria de crimes políticos, quando praticadas com motivação desta natureza. Ao descrever os fatos que constituem delitos contra a segurança nacional, embora ofensivos de bens jurídicos privados, a lei deve mencionar expressamente o móvel político. Não é correto o critério da legislação

atual de considerar como crimes políticos, fatos como assaltos a bancos cometidos por motivações diversas. Em casos tais, a repressão faz-se pelos dispositivos incriminadores do Direito Penal comum.

VII — No Estado de Direito, são perfeitamente definidas as relações entre autoridade e liberdade. As leis, portanto, têm de descrever os fatos puníveis de maneira inequívoca, sem deixar margens a dúvidas sobre a sua proibição. Destarte, é dever do legislador evitar expressões dúbias ou formulações genéricas. Definições vagas, como fazer propaganda subversiva, favorecem o arbítrio, pela elasticidade de que se revestem.

VIII — As penas criminais não têm por fundamento a periculosidade social do fato ou do seu autor, como ocorre nos regimes totalitários. A responsabilidade penal, nas democracias, resulta da culpa. O homem só é responsabilizado pelo que praticou, se for passível de censura pessoal, ante o reconhecimento **in concreto**, de que poderia ter agido de maneira adequada ao Direito. A responsabilidade objetiva tem de ser proscrita, também na criminalidade política.

IX — A pena é resposta racional à ilicitude do fato e à culpa de seu autor. Na sua execução visa reeducar o condenado. Disto decorre, para o legislador, o imperativo de proporcionar a pena à gravidade do crime e de evitar medidas que comprometam o ideal de reeducação. As atuais penas da lei de segurança nacional são aberrantemente rigorosas e desproporcionadas às ofensas. As penas de morte e de prisão perpétua têm de ser abolidas, por negarem o objetivo ressocializador; as privativas de liberdade, reservadas aos delitos mais graves e executadas sem rigor penitenciário.

X — O processo penal não é meio de perseguir dissidentes políticos. No Estado de Direito, é instrumento de tutela da liberdade e da dignidade do réu, bem como dos valores éticos em que se consubstancia a Justiça. Tais finalidades só se cumprem mediante o respeito à independência da magistratura, à presunção de inocência do réu e à amplitude de sua defesa. Impõe-se, assim, a restauração dos predicamentos da magistratura, condição fundamental da imparcialidade na função judicante, confiando-se a juízes independentes também o julgamento dos crimes políticos. Do princípio da presunção de inocência decorre a necessidade de limitar-se a prisão preventiva, aos casos em que haja fundada suspeita contra o réu. Impossível aceitar a privação de liberdade como corriqueiro meio de investigação de crimes políticos. Incompatível com a plenitude de defesa é a proibição do **habeas corpus**, quanto aos delitos desta ordem. A ilegalidade e o abuso de poder não são monopólios dos órgãos de repressão da criminalidade comum. Apresentam-se, até com maior freqüência, na atividade repressora dos delitos políticos, pela influência das paixões de momento. Indispensável, pois, a tantas vezes pedida restauração da plenitude do **habeas corpus**. Nem há amplitude de defesa, se o preso fica impedido de comunicar-se com o advogado de sua escolha. A pronta comunicação com o profissional é indispensável ao preparo de defesa adequada. Em conseqüência, abusiva apresenta-se a incomunicabilidade absoluta, a que, atualmente, podem ser submetidos os suspeitos de crimes contra a segurança nacional.

Aspectos da indisponibilidade da norma processual penal

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL
E PROCESSUAL PENAL DA UFP

1. O Projeto de Código de Processo Penal, no artigo 144, no capítulo pertinente aos prazos processuais, dispõe o seguinte:

“Decorrido o prazo, extingue-se independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, salvo se a parte provar que não o realizou por justo motivo.”

Trata-se de norma processual transcrita, literalmente, do artigo 183 do Código de Processo Civil, cuja transposição para o processo penal é inadmissível, por várias razões.

2. No processo civil, sob este ângulo de feição dispositiva, o vencimento do prazo assinalado na lei, para a realização de determinado ato processual pelas partes (autor e réu), acarreta a chamada preclusão temporal.

Como leciona MONIZ DE ARAGÃO, no âmbito do processo civil, “a preclusão é um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 2ª edição, vol. II, pág. 121).

De acordo com o artigo 183 do Código de Processo Civil, decorrido o prazo “dentro do qual o ato deveria ser praticado, extingue-se o próprio direito de fazê-lo” (cf. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, vol. II, pág. 71).

A norma processual se ocupa com os chamados *prazos próprios*, aqueles destinados às partes. No processo civil, os prazos impostos aos juízes e seus auxiliares são denominados *impróprios*, pois, descumpridos, trarão conseqüências de natureza disciplinar e não processual. Os atos processuais a serem praticados pelo juiz são ditados no interesse público, daí porque o seu vencimento, mesmo não cumprido o prazo, não pode acarretar conseqüências processuais. Já os prazos das partes são sempre preclusivos, ou seja *disponíveis*.

Para fins didáticos, a doutrina do processo penal tem aceito essa distinção. Assim é a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Diz-se que um prazo é próprio, quando destinado à prática de atos processuais da parte, pois que, quando inobservado, produz conseqüências de caráter processual. Impróprio é o prazo imposto aos juízes e seus auxiliares, pois, descumprido, trará conseqüências de natureza disciplinar, e, portanto, não processual. O órgão do Ministério Público, por ser parte e órgão do Estado, sofrerá as duas sanções (art. 801)” (*Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, vol. II, pág. 105).

Essa transposição do processo civil, considerando todos os prazos das partes como próprios, isto é, disponíveis, não tem a menor validade no campo do processo penal, em que pese a autoridade do mestre paulista.

No processo penal, tal divisão só pode ser feita tendo em vista a natureza da norma processual. Se esta é indisponível, mesmo para a parte que tem o dever de cumpri-la, o prazo poderá ser ultrapassado, sem conseqüências de ordem processual, com uma exceção, porém: não se deve tolerar que o vencimento do prazo possa prejudicar o direito de liberdade.

Assim, o prazo do Ministério Público para oferecer denúncia deve ser considerado impróprio. Prevalente o princípio da obrigatoriedade no exercício da ação penal pública, desde que presentes as condições exigidas pela lei processual, a ação deve ser proposta. Ultrapassado o prazo

assinalado pela lei, o exercício tardio da pretensão punitiva não a torna inválida. Se formalmente perfeita a acusação, ao juiz não é lícito rejeitá-la.

As normas que regulam o exercício da ação penal pública são indisponíveis, logo o vencimento do prazo, sem a prática do ato processual, não importa em preclusão para a parte. Assim não fosse, pela simples omissão do prazo, o Ministério Público poderia dispor do direito de ação.

Mesmo para a defesa há prazos *impróprios*, onde a não realização do ato processual no espaço temporal fixado não poderá acarretar preclusão. Também aqui a natureza da norma é que informa o tipo de sanção ao descumprimento do prazo processual.

No processo penal, a ampla defesa deve ser vista sob duplo aspecto: a) autodefesa e a defesa técnica. Aquela é disponível, enquanto que esta é uma injunção legal. O réu se autodefende se quiser, podendo ser citado e renunciar ao direito de acompanhar o processo penal. Daí o instituto da revelia, que é a sanção processual imposta ao acusado que desatende ao chamamento judicial, sem motivo justo. A defesa técnica, porém, é um direito indisponível, sendo neste aspecto irrelevante a vontade da parte.

A propósito, veja-se a regra prevista no art. 279 do Projeto. Trata-se de hipótese em que, vencido o prazo legal, sem que o defensor nomeado apresente defesa prévia, não ocorre preclusão do direito da parte. Na omissão do defensor, o juiz deve substituí-lo, ficando sujeito o advogado a uma sanção disciplinar. Mas, a defesa prévia deverá ser apresentada. O exemplo demonstra que também para a defesa há prazos *impróprios*.

Em outras palavras, especialmente na ação penal pública, há vários prazos para o Ministério Público que são *impróprios*, isto é, ditados no interesse público e cuja inobservância acarreta conseqüências de ordem disciplinar. Também há prazos *impróprios* para a defesa do réu. Só mesmo quando o direito subjetivo processual for disponível, isto é, ditado no interesse exclusivo da parte, como ocorre, por exemplo, com os prazos recursórios, o não cumprimento do prazo leva à preclusão.

Nem se diga que o descumprimento de prazos *impróprios*, pelo Ministério Público, tem sempre pelo menos uma conseqüência processual, ou seja a de tornar ilegítima, pelo excesso de prazo, qualquer prisão cautelar do réu. Essa conseqüência de ordem processual também existe quando o juiz ultrapassa os prazos que lhe são destinados. O direito pe-

nal de liberdade não pode ser injustamente atingido pelo excesso de prazo, na prática de atos processuais, seja do juiz, seja das partes.

A prevalecer a regra geral, de que trata o artigo 144 do Projeto, haverá dificuldade de interpretação da lei processual, mesmo que a norma declare a sua aplicação, *salvo os casos expressos*.

A disponibilidade ou indisponibilidade da norma depende de sua natureza. No primeiro caso, o não cumprimento do prazo acarreta a preclusão para a parte de praticar o ato processual. Mas, no segundo caso, as conseqüências serão de ordem disciplinar, nunca de ordem processual, tudo sob pena de as partes, pela omissão, transformarem as normas processuais em disponíveis.

Até mesmo na ação penal privada, em que o ofendido dispõe do direito de ação, a regra inserida no artigo 144 não tem plena aplicação. Se é certo que, para o querelante, todos os prazos são próprios (preclusivos e às vezes decadenciais), o mesmo não ocorre com os prazos da defesa. Também nesse tipo de ação penal, a defesa é uma injunção legal indeclinável, havendo *prazos impróprios*, ditados no interesse público.

3. Sob qualquer ângulo, portanto, a norma do artigo 144 não pode ter aplicação no processo penal, onde é absoluta a prevalência de normas indisponíveis, ditadas no interesse público. Quando o ato processual *deve* ser praticado pelas partes, porque assim interessa a toda a comunidade jurídica, o não cumprimento do prazo processual só pode acarretar sanção disciplinar.

No processo penal, o descumprimento dos *prazos impróprios*, por qualquer dos sujeitos da relação processual, torna, porém, ilegítima qualquer restrição ao direito de liberdade do acusado.

Em conclusão, a regra do artigo 144 do Projeto, uma vez que desconhece aspectos da indisponibilidade da norma processual em relação às partes, não deve ser mantida.

Athos Moraes de Castro Vellozo

Fernando Fowler

Antonio Acir Breda

Da intervenção do ofendido na ação de revisão criminal

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL
E PROCESSUAL PENAL DA UFP

1 — Introdução

A lei processual penal reconhece ao ofendido relevantes direitos subjetivos processuais. No código em vigor, é ele o titular do direito de agir, na ação penal privada. Na ação penal pública condicionada, onde a pertinência subjetiva para agir é do Ministério Público, o ofendido pode impedir o desencadeamento da persecução penal. Com efeito, nesse tipo de ação penal, sem a sua prévia manifestação de vontade não é possível sequer a instauração do inquérito policial (§ 4º do art. 5º do Código de Processo Penal).

Na ação penal pública, se esta não for proposta no prazo legal, poderá oferecer queixa subsidiária (art. 29 do Código de Processo Penal). Se a ação penal privada subsidiária é de escassa importância prática, tanto que o Projeto originariamente não a contemplava, a sua existência leva ao reconhecimento de importante direito subjetivo processual do ofendido.

Concede-se ao ofendido, na ação penal pública, o direito de intervir como parte adesiva na relação processual, habilitando-se como assistente de acusação, reconhecendo-se-lhe o direito de propor meios de prova e interpor recurso (arts. 271, 584, § 1º, e 598). Aliás, este último direito pode ser exercido, independentemente da habilitação como assistente do Ministério Público. Mesmo no procedimento criminal **ex officio** é admitida a sua participação.

Por fim, no código em vigor, funciona como autor principal no pedido de restituição de coisa apreendida, bem como nos processos cautelares destinados a garantir a indenização civil.

Se é essa, em linhas rápidas, a posição processual do ofendido no código em vigor, ela se estende de forma notável na legislação proposta, às vezes com prejuízo irreparável para o acusado.

2 — Do ofendido no Projeto

No futuro código, o ofendido pode ser parte na relação processual: **a)** como titular do direito de agir, na ação penal privada; **b)** como assistente de acusação na ação penal pública; **c)** como autor da queixa subsidiária, quando a ação penal pública não for proposta no prazo legal; **d)** como autor principal, no pedido de restituição de coisa apreendida, bem como nos processos cautelares destinados a garantir a indenização do dano **ex delicto**; **e)** como **litisconsorte**, nos processos de revisão criminal e especial, quando dos mesmos possa resultar a absolvição do condenado ou a nulidade do processo condenatório sem a sua renovação (art. 115).

Os poderes do ofendido, como assistente de acusação, são ampliados. Assim, no Projeto, são direitos do assistente: **a)** completar o rol de testemunhas oferecido pelo Ministério Público, se aquele não atingir o limite legal; **b)** requerer, nos prazos da lei, a produção de qualquer outra prova, bem como participar das que forem pedidas pelo Ministério Público, ou pelo réu, inclusive formulando quesitos, indicando assistente técnico e requerendo esclarecimentos em audiência, sobre a prova pericial; **c)** ser ouvido em todos os atos do processo em que se exija o pronunciamento das partes; **d)** requerer o desaforamento nas causas da competência do Tribunal do Júri (art. 188 do Projeto).

Se, no código em vigor, o ofendido tem poderes limitados, em relação à prática de atos instrutórios, tanto que pode, apenas, propô-los, na legislação proposta tais poderes são estendidos, de forma notável.

3 — Da intervenção do ofendido na revisão criminal

No código em vigor, não se reconhece ao ofendido legitimidade para intervir na ação de revisão criminal, apesar do disposto no art. 630, § 2º, letra **b**. Consoante essa norma, a indenização decorrente de erro judiciário não será devida pelo Estado, se a condenação foi proferida em ação penal privada. Se o réu pede a revisão criminal, em tais casos, não cabe ao Estado a obrigação de ressarcir os danos resultantes do erro judiciário e sim ao querelante.

Trata-se de regra jurídica injustificável, uma vez que a decisão condenatória, mesmo na ação penal privada, é proferida por autoridade jurisdicional. Como o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado, a indenização proveniente de erro judiciário deve incumbir também ao Estado. Por isso mesmo, o Projeto não reproduz a norma do código vigente. Na legislação proposta, em qualquer tipo de ação penal, a indenização será devida sempre pelo Estado.

A inovação é correta, por motivos vários. Na ação penal privada, o ofendido é, apenas, o titular do direito de agir, podendo dispor da pretensão punitiva até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Mas, operada a coisa julgada, o direito de punir é exclusivo do Estado. Ora, se a decisão condenatória só pode ser proferida por órgão do Estado, no caso o Poder Judiciário, não é justo que o querelante responda por um erro judiciário, decorrente de ato emanado de órgão do Estado.

Por isso mesmo, o ofendido não é réu na ação de revisão criminal. Como leciona JOSÉ FREDERICO MARQUES (**Elementos de Direito Processual Penal**, Forense, 1965, vol. 4º, pág. 343), “essa posição processual, mesmo quando a revisão se refira a crime de ação penal privada, quem a ocupa é sempre o Estado”. Entende a doutrina que “nem mesmo como assistente pode, no caso, funcionar o querelante”. (Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., pág. 343.)

Deve-se ressaltar que o sistema do código em vigor, desde que insolvente o querelante, pode frustrar a pretensão de indenização do réu condenado, mesmo que reconhecido o erro judiciário.

Por tudo isso, a inovação do Projeto merece aplausos.

Ora, se no código em vigor, não se permite a intervenção do ofendido na ação de revisão criminal, com maior razão, essa intervenção não pode ser tolerada no futuro código, especialmente pela modificação introduzida, no sentido de afastar a responsabilidade do querelante, em caso de erro judiciário.

Há, por outro lado, obstáculos intransponíveis, no aspecto técnico-jurídico, para se admitir a intervenção do ofendido "como litisconsorte, nos processos de revisão criminal e de revisão especial".

Haveria, na hipótese, litisconsórcio facultativo ou necessário? Em verdade, nenhum deles. Na ação de revisão criminal, típica ação constitutiva, só o Estado tem **legitimatío ad causam** passiva, posto que é o único titular do direito de punir, da relação de direito material. O ofendido, mero titular do direito de ação, não tem interesse, nem legitimidade, para intervir no processo de revisão, mesmo como assistente do Ministério Público. Por outro lado, o Projeto não se ocupa com o instituto do litisconsórcio, o que demonstra que a regra do artigo 112, inciso V, quebra todo o sistema da legislação proposta.

Como se daria a intervenção desse litisconsorte? Quais os seus poderes processuais? *Impossível responder.*

Vê-se, por conseguinte, que tal norma processual deve ser suprimida, por ser incompatível, não só com o sistema do Projeto, mas com a natureza da revisão criminal.

Por derradeiro, não se pode argumentar que, constituindo a sentença penal condenatória trãnsita em julgado título executivo judicial (art. 780 do Projeto), a decisão de procedência da revisão criminal tem influência na reparação do dano.

Em primeiro lugar, não é lícito ao ofendido fundar o seu pedido de indenização, com base em sentença condenatória viciada de erro judiciário. Em segundo lugar, não obstante a sentença absolutória na jurisdição penal, a ação cível pode ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. Aliás, a ação de reparação do dano pode ser proposta, independentemente da causa penal ter sido julgada.

Por esses motivos, propõe-se que seja suprimida do Projeto a regra do inciso V do artigo 112.

Athos Moraes de Castro Vellozo

Fernando Fowler

Antonio Acir Breda

Considerações sobre a Lei nº 6.416/77

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

COMUNICAÇÃO Nº 1

A perfeita interpretação do § 5º do art. 121, conforme redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, exige atenção ao conceito de — *conseqüências*. Essa cautela se impõe porque o vocábulo é mencionado também no art. 42 do Código Penal, como referência legislativa das diretrizes para a fixação da pena-base. Aqui, não indica a intensidade do perigo, ou a extensão do dano ao objeto jurídico (resultado), *mas se atém aos efeitos decorrentes do evento; assim, exemplificativamente, no homicídio, não é a eliminação da vida, elemento constitutivo da infração, porém os fatos resultantes da respectiva consumação, como a orfandade dos filhos da vítima, ou as supervenientes dificuldades financeiras da família do morto, podendo-se inclusive graduar a gravidade das conseqüências.*

No § 5º, contudo, o instituto se apresenta com características diferentes, relacionadas não mais com os reflexos do resultado do crime, em detrimento da vítima, ou pessoa a ela vinculada. Ao contrário, está ligado à *desagradável repercussão da ação delituosa, sofrida pelo próprio agente, direta ou reflexivamente derivada de sua conduta, isto é, tendo como causa a ação mesma, ou o evento delituoso. No primeiro caso, v.g., dirigindo imprudentemente, dá causa a acidente de trânsito, provocando a morte de estranho e de seu filho. Na segunda hipótese, em razão da morte de terceiro, sofre trauma que desencadeia grave distúrbio psíquico.*

Acrescenta a lei, tais conseqüências devem atingir “o próprio agente” e “de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.

Na passagem — *próprio agente* — inclui tanto o autor intelectual, como o autor material, embora mais ligada à conduta do segundo. Pouco importa que as conseqüências sejam de ordem moral, ou física. Embora o texto não reproduza a Emenda nº 27, subscrita pelo eminente Deputado José Bonifácio Neto, que mencionava “*graves conseqüências desfavoráveis, físicas ou morais*”, a interpretação integral da norma leva a esse entendimento. Vejamos. Culpabilidade é reprovabilidade. A pena, por seu turno, é a medida da censurabilidade. Logo, se as conseqüências nas circunstâncias descritas tornam a pena desnecessária, é porque correspondem normativamente ao grau de reprovabilidade da sanção que o juiz aplicaria ao caso. Em outros termos, as graves conseqüências constituem o motivo da extinção da punibilidade.

A gravidade da pena, por sua vez, é mensurada qualitativa e quantitativamente, variando, no último caso, do mínimo ao máximo da cominação legal. De outro lado, destina-se a ser legalmente aflitiva (censura jurídica ao agente), podendo implicar restrição ao direito de liberdade. Em face disso, as conseqüências referidas podem limitar-se ao âmbito moral. Indispensável é guardar a justa correspondência de padecimento moral (eventualmente também físico) com os efeitos morais e físicos da pena.

A extinção da punibilidade requer a adequação — gravidade da pena — gravidade das conseqüências, único critério que justifica dispensar a prevenção especial.

CONCLUSÃO — Extingue-se a punibilidade quando as conseqüências da infração atingirem o próprio agente e, normativamente, corresponderem à censura moral e restrições pessoais da sanção penal.

COMUNICAÇÃO Nº 2

O projeto da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, não previa a norma do § 5º do art. 121 do Código Penal; surgiu por inspiração da Emenda nº 27 do ilustre Deputado José Bonifácio Neto, *in verbis*: “Art. 108. . . X — pelo perdão judicial, quando do fato decorram graves conseqüências desfavoráveis, físicas ou morais, de tal ordem que a imposição da pena apareça ao Juiz como desnecessária. Este dispositivo é inaplicável aos crimes, cuja pena mínima seja superior a um ano.”

Em virtude da redação originária, acredito, alguns autores estão divisando na hipótese o instituto do perdão judicial.

Data venia, outra é a natureza jurídica.

O perdão judicial, ao qual sempre devotei simpatia e propugno sua contemplação legislativa mais ampla, como instrumento eficaz de justiça material, tem outras características. Nos tempos modernos, disciplinado em lei pela primeira vez na Bélgica (15 de março de 1912), está ganhando terreno e vários países, como a Inglaterra, a Alemanha, Estados norte-americanos, a Suíça, a Austria e a Itália já o consagram; apesar das várias disciplinas legislativas, revela, todavia, denominador comum: atenção à personalidade do agente, indicadora de inexistência de periculosidade, relacionada à não gravidade do ilícito, preferindo-se, com intuito pedagógico e preventivo, excluir o agente dos rigores da sanção penal. Malgrado as divergências, entendo, e nisto vai uma opção doutrinária, a sentença faz simples declaração de existência da infração; entretanto, deixa de individualizar a pena, em consideração à sadia política criminal. Neste passo, comungo da tese do legislador brasileiro de 1969, havendo escrito na Exposição de Motivos “a omissão relativamente ao perdão judicial é preenchida. Não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o juiz abster-se de condenar. Julgando presentes os pressupostos da condenação, abstém-se neste caso o juiz de proferi-la, declarando a punibilidade pelo perdão” (nº 36).

O atual art. 121, § 5º, no entanto, apesar de praticamente conduzir ao mesmo resultado, não reproduz os mesmos elementos constitutivos.

Em primeiro lugar, como sustentei na Comunicação nº 1, neste Congresso, a respeito do mesmo dispositivo legal, a não aplicação da pena está condicionada a que as conseqüências sofridas pelo agente correspondam normativamente à censura moral e às restrições pessoais da sanção penal.

No perdão judicial, esse balanceamento é desnecessário, eis que, antes de tudo, se visa a impedir que uma pessoa não perigosa — agente de infração não grave — padeça os efeitos negativos da pena.

Em segundo lugar, o § 5º não impõe, como pressuposto da extinção da punibilidade, antecedentes ilibados do réu. A personalidade do agente atua somente como dado; não obstante a correspondência normativa das conseqüências da infração padecidas pelo próprio agente com a censura moral e as restrições pessoais da sanção, a pena ainda se faz necessária. Por isso, enquanto o perdão judicial é incompatível com a reincidência, o § 5º não o é. A reincidência em crime doloso gera a presunção de periculosidade (art. 78, IV, do Código Penal), entretanto, não acarreta o mesmo efeito quanto aos ilícitos culposos (hipótese do homicídio descrito no § 5º), ensejando, portanto, a concessão do benefício.

CONCLUSÃO — A extinção da punibilidade pode ser concedida ao reincidente.

COMUNICAÇÃO Nº 3

Na Comunicação nº 2 a esta Sessão Preparatória ao Congresso de Direito Penal e Direito Processual Penal a ser realizado em Brasília, sob o patrocínio do Instituto Brasileiro de Ciências Penais, entendi que o § 5º do art. 121 do Código Penal não caracteriza o perdão judicial. Todavia, como foi ressaltado, consagra instituto vizinho.

Em se tratando de perdão judicial, a sentença é meramente declaratória da existência dos elementos da criminalidade; não é condenatória em virtude de o juiz não impor a sanção. Logicamente, se o réu vier a praticar algum delito, não será reincidente. No tocante ao § 5º é diferente; apesar da redação: "... o juiz poderá deixar de aplicar a pena...", interpretação lógica leva a conclusão especial.

A aplicação da pena, tecnicamente, corresponde a um momento da individualização da sanção penal; a primeira fase é a cominação elaborada pelo legislador, a segunda, a aplicação feita pelo magistrado, e a terceira, a execução da *sanctio iuris*. Bem analisado o dispositivo em comento, constata-se: o sentido de *deixar de aplicar a pena* seria de *compensar a pena*, sem que isso prejudique a individualização. Ao contrário, torna-se imprescindível. É a única interpretação que se harmoniza com o contexto, pois somente com o conhecimento da pena incidente na hipótese, poder-se-á estabelecer a equivalência para concluir se a gravidade das conseqüências físicas ou morais sofridas pelo agente tornam a sanção desnecessária. Este pormenor, ademais, toca diretamente o interesse do réu, em particular o princípio do contraditório, ensejando ao condenado, ou ao Ministério Público, a interposição de eventual recurso.

CONCLUSÃO — O juiz individualizará a pena; todavia, deixará de aplicá-la, compensando-a com as conseqüências da infração que atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

COMUNICAÇÃO Nº 4

Na Comunicação nº 3, sustentei que, na sentença concessiva do perdão judicial, não deve o Juiz fixar a pena. No caso do § 5º do art. 121, ao contrário, aduzi: é imperiosa a individualização, a fim de ensejar a equivalência da prevenção especial com as graves conseqüências sofridas pelo agente. A primeira hipótese configura sentença meramente declaratória.

Cumpra analisar a natureza jurídica da sentença relativa ao disposto no § 5º do art. 121 do Código Penal, na redação da Lei nº 6.416/77.

Reconhecida a necessidade da fixação da *sanctio iuris* para, em seguida, elaborar-se a compensação com as graves conseqüências e, a final, não aplicar a pena, observa-se, o procedimento é diverso. E, em sendo diferente, quais os efeitos resultantes?

A sentença, nessa hipótese, não é simplesmente declaratória, pois, individualizando a sanção, proclama, não só os pressupostos da criminalidade, como concretiza a pena, embora não seja aplicada; implica modificação de situação jurídica em virtude de constituir a condenação (da presunção de inocência, passa-se ao instituto da condenação), porém, em seguida, promove a sua desconstituição, deixando de aplicar a pena. Em outros termos, é uma sentença constitutiva negativa.

Essa situação — e aqui, reside a pergunta fundamental — configura condenação? E se o réu, depois de transitada a sentença em julgado, vier a cometer crime, será reincidente?

A resposta está condicionada à posição doutrinária a respeito da estrutura da infração penal.

Uma corrente, à qual me filiei inicialmente, sustenta bastar a ação típica, antijurídica e culpável, entendendo ser a punibilidade conseqüência da criminalidade.

Outra linha de pensamento, contudo, inclui a pena como elemento constitutivo do crime. Estou convicto: a ilicitude é uma — contraste da conduta com o juridicamente imposto ou consentido. Os diversos ilícitos só se distinguem formalmente e conforme a sanção cominada. A pena, portanto, integra a essência do delito.

Conseqüentemente, como o § 5º do art. 121 do Código Penal, apesar da fixação da pena aplicável, a final, o Juiz não a aplica, o fato praticado pelo agente deixa de ser punível, e, por isso, não integra o rol das infrações penais, não obstante ser típico, antijurídico e culpável.

Em face do exposto, se o agente cometer posteriormente um delito, não será reincidente, por falta de existência de crime anterior.

CONCLUSÃO — O agente beneficiado com a extinção da punibilidade, se posteriormente cometer um crime, não será reincidente.

Os caminhos da reforma e o direito a constituir

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Adjunto de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná. Conselheiro da OAB (seção do Paraná) e do Instituto dos Advogados do Paraná.

OS CAMINHOS DA REFORMA

- 1) O anteprojeto Hungria
- 2) O Código de 1969
- 3) A Lei nº 6.016/73
- 4) O sistema penitenciário
- 5) O Projeto nº 2/77
- 6) A Lei nº 6.416/77

O DIREITO A CONSTITUIR

- 7) A descriminalização
- 8) A criminalização
- 9) Considerações finais

OS CAMINHOS DA REFORMA

1. *O anteprojeto Hungria*

Em 1961 o Ministro Nelson Hungria foi incumbido da elaboração de um anteprojeto de Código Penal. As grandes modificações sociais que se operaram ao final dos anos 50 reclamavam um sistema positivo que melhor tutelasse os valores fundamentais ao homem e à comunidade, além de proceder à

necessária revisão de muitas figuras típicas e de medidas de reação criminal que não mais se ajustavam às novas exigências científicas e humanas.

O anteprojeto veio a lume em 1963 em divulgação do Ministério da Justiça para receber sugestões. A contribuição da doutrina nacional foi relevante, destacando-se as análises sobre a *parte geral*, setor que concentrou as maiores atenções (1). Em todo o território brasileiro, os temas da reforma movimentaram não somente os estudiosos, individualmente, mas também as faculdades de Direito e órgãos de classe como a Ordem dos Advogados do Brasil e o Instituto dos Advogados (2).

Em ambiente de absoluta liberdade espiritual e como conseqüência das novas idéias penais que se desenhavam em importantes modelos europeus e latino-americanos, o nosso País recebeu em 1963 e parte de 1964 uma copiosa elaboração doutrinária que se destinava à meditação dos integrantes da primitiva Comissão Revisora (Nelson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi).

(1) *A reforma da legislação penal*, HELENO CLAUDIO FRAGOSO (n.os 2, 3 e 4); *Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de Código Penal*, THEODOLINDO CASTIGLIONE (nº 2); *O projeto, o código e a estatística e o concurso de crimes no anteprojeto*, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR (nº 4); *Das penas principais e sua aplicação*, BASILEU GARCIA (nº 4); *Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de Código Penal*, ALCIDES MUNHOZ NETTO (nº 4); *A pena e a medida de segurança no anteprojeto Nelson Hungria*, ARNALDO RODRIGUES DUARTE (nº 4); *A causalidade na omissão no anteprojeto de Código Penal*, EVERARDO LUNA (nº 6); *Os crimes contra a propriedade imaterial*, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO (nº 6); *A pena no anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria*, J. A. CESAR SALGADO (nº 7); *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil*, e *O novo Código Penal e o problema da responsabilidade*, LEONÍDIO RIBEIRO (nº 9); *Crimes contra a fé pública*, RAUL CHAVES (nº 9); *Causas de exclusão de criminalidade no anteprojeto do Código Penal*, AMÉRICO MARCO ANTONIO, págs. 17 e segs.; *Crimes contra o patrimônio*, MAGALHAES NORONHA, págs. 53 e segs.; *A medicina legal em face do anteprojeto Nelson Hungria*, HÉLIO GOMES, págs. 99 e segs.; *Da responsabilidade penal no anteprojeto*, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, págs. 137 e segs.; *Da causalidade penal no anteprojeto*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, págs. 153 e segs.; *Circunstâncias agravantes e atenuantes*, THEODOLINDO CASTIGLIONE, págs. 170 e segs.; *A Constituição e o anteprojeto Nelson Hungria*, JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, págs. 191 e segs.; *Dos crimes contra a saúde pública*, FLAMÍNIO FAVERO, págs. 204 e segs.; *Dos crimes contra a vida no anteprojeto do Código Penal*, EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, págs. 250 e segs.; *Do concurso de agentes, em face do anteprojeto do Código Penal*, ONÉSIMO SILVEIRA, págs. 295 e segs.; *Papel do médico-legista na reforma do Código Penal*, LEONÍDIO RIBEIRO, págs. 305 e segs.; *Das medidas de segurança e periculosidade*, THOMAZ DE AQUINO COLET E SILVA, págs. 349 e segs.; *Direito Penal e direito disciplinar, suas diferenças e atinências*, HELIO HELENE, págs. 360 e segs.; *Da ultratividade das leis excepcionais ou temporárias*, NOÉ AZEVEDO, págs. 381 e segs.; *Da ação penal*, CANUTO MENDES DE ALMEIDA, págs. 397 e segs.; *Do livramento condicional*, JOAO CARLOS DA SILVA TELLES, págs. 411 e segs.; *Os crimes contra a liberdade de imprensa*, THEOPHILO CAVALCANTI FILHO, págs. 425 e segs.; *Da reincidência no anteprojeto Nelson Hungria*, MÁRIO DE MOURA E ALBUQUERQUE, págs. 437 e segs.; *Os anais do ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro*, S. Paulo, 1965, Imprensa Oficial do Estado, constituem valioso documento histórico que se formou por iniciativa do Instituto Latino-Americano de Criminologia, então sob a direção de FRANCISCO BUENO TORRES.

(2) *Aspectos do anteprojeto de Código Penal*, ALCIDES MUNHOZ NETTO, em *Revista da Faculdade de Direito*, nº 9, Curitiba, 1963, págs. 85 e segs., Imprensa da Universidade Federal do Paraná.

Os trabalhos iniciados em janeiro de 1964 foram interrompidos em consequência dos fatos políticos de março daquele ano. O Professor Roberto Lyra — autor do anteprojeto de Código das Execuções Penais — negou-se a permanecer na comissão, afirmando “estar convencido de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um parlamento ressentido e emprazado” (3).

Em 9 de fevereiro de 1965, o Ministro da Justiça Milton Campos designou outra comissão revisora, integrada por Nelson Hungria, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno (seu presidente) e Heleno Cláudio Fragoso. As reuniões da mesma vieram revelar, mais uma vez, o grande empenho científico e o notável espírito público de Nelson Hungria na defesa de suas convicções e de seu anteprojeto (4).

Porém, as graves dificuldades políticas e institucionais que acometiam o Brasil vieram novamente prejudicar os trabalhos de revisão. Com o passar do tempo, além do desânimo que envolveu os membros da comissão, foram sentidas falhas do projeto, como revelou Heleno Fragoso, referindo-se especialmente à posição de Aníbal Bruno, afirmando que preferia desligar seu nome “do trabalho de revisão, se o projeto se convertesse em lei na forma em que o havíamos deixado” (5).

2. *O Código de 1969* Em seu depoimento, Heleno Fragoso informa que, no mês de janeiro de 1969, recebeu comunicação de Nelson Hungria dando conta de que o Ministro da Justiça, agora o Professor Gama e Silva, manifestara o interesse em editar com urgência o novo Código Penal, através de decreto em face do recesso do Congresso Nacional, determinado pelo Ato Institucional nº 5. Os originais do projeto — assim como os deixara a Comissão Revisora em 1965 — haviam sido encaminhados por Nelson Hungria ao Ministério da Justiça, pouco tempo antes de falecer (fato ocorrido em março de 1969) com a recomendação de que a exposição de motivos fosse elaborada por Heleno Fragoso. Este ponderou ao funcionário do Ministério da Justiça que o projeto não tinha condições de ser promulgado e que receberia com agrado a honrosa incumbência, se fosse possível um reexame detalhado do texto que apresentava, além dos defeitos originais, outros tantos decorrentes dos serviços do Ministério da Justiça “com erros graves na transcrição e até com a omissão de artigos” (6). Frente à insistência de Heleno Fragoso em reexaminar o projeto, foi ele desligado da incumbência mediante simples aviso telefônico: a exposição de motivos seria redigida pelo pessoal do Ministério.

O que sucedeu nos meses seguintes foi, a um só tempo, singular e surpreendente em matéria tão relevante para o interesse nacional: o açodamento que informou os trabalhos de coordenação geral da reforma dos códigos, a cargo do professor Alfredo Buzaid, que presidiu uma nova Comissão integrada por Heleno Fragoso, Ivo D’Aquino e Benjamin Moraes Filho, da qual se ausentou o Mestre Aníbal Bruno. A parte geral do projeto sofreu alterações, algumas sob

(3) *Novo Direito Penal*, 1971, pág. 30.

(4) Cfr. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Subsídios para a história do novo Código Penal*, em *Revista de Direito Penal*, nº 3, 1971, págs. 7 e segs.

(5) *Idem*, pág. 10.

(6) HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *ob. cit.*, pág. 11.

proposta do Professor Alfredo Buzaid, outras por iniciativa de Heleno Fragoso, ressaltando sempre as vicissitudes da obra. Mas a urgência era a *palavra de ordem ditada* à elaboração final do diploma que não contou com nenhuma alteração na *parte especial*. A exposição de motivos da *parte geral* foi redigida por Heleno Fragoso e da *parte especial*, por Benjamin Moraes Filho. O trabalho foi "datilografado às pressas" (7) para receber o despacho ministerial, porém tudo ficou paralisado em consequência da doença e morte do Presidente Costa e Silva.

Em 21 de outubro de 1969, veio o Decreto-Lei nº 1.004, baixado pela Junta Militar promulgando o Código que deveria entrar em vigor no dia 1º de janeiro de 1970.

Na elaboração de um anteprojeto substitutivo através do Ministério Público de São Paulo, consta uma breve nota escrita por Luiz de Mello Kujawski, onde refere que, "segundo foi revelado em conferência pública pelo Professor Benjamin Moraes Filho, a publicação do novo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado" (8).

3. *A Lei nº 6.016/73* O Código de 1969 não entrou em vigor na data anunciada. Os temas relativos à capacidade de culpa, ao concurso de agentes e de fatos puníveis, à punibilidade da tentativa, ao delito continuado, às categorias dos criminosos habituais e por tendência, à limitação da responsabilidade em função da culpa, além da necessidade em se promover a revisão de normas incriminadoras e a introdução de raras figuras novas, passaram a ser examinados pelo Projeto nº 1.457, enviado ao Poder Legislativo em 23 de agosto de 1973.

Como se verifica pela exposição de motivos que o acompanhou, o projeto não teve características de uma verdadeira reforma, principalmente quanto à sua parte especial que conservou inalterável uma arquitetura de ilícitos e de reações que, em muitos setores, não satisfaziam aos interesses de uma justiça criminal moderna e eficiente. Na verdade, o intento oficial abria possibilidades muito estreitas para que se pudessem admitir em tal processo as perspectivas novas e fecundas já reclamadas pela comunidade brasileira, como exigências inafastáveis.

Na sessão de 28 de agosto, o Deputado Laerte Vieira usou da palavra para comentar a exigüidade do prazo de 45 dias para a tramitação de tão importante matéria, concluindo ser impossível um estudo aprofundado. As emendas de plenário, em número de 38, foram publicadas pelo *Diário do Congresso Nacional* (22-9-73, pág. 6.061) e o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, relatado pelo Deputado Elcio Tavares, foi apresentado em 19 de setembro (9). Na sessão de 26 de setembro a matéria é discutida em turno único. O Deputado José Alves, que no seio da Comissão já se abstivera de votar em face da precariedade de tempo para um melhor estudo, reafirmou sua posição, declarando que o

(7) HELENO CLAUDIO FRAGOSO, ob. cit., pág. 12.

(8) *Ibidem*.

(9) *Código Penal — Histórico da Lei nº 6.016, de 1973*, Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal, Brasília, 1974, págs. 56 a 161.

projeto merecia melhor exame “principalmente após ter passado quatro anos, sem maiores explicações, no Ministério da Justiça” (10).

Durante a sessão de 4 de outubro de 1973, a redação final foi aprovada e o projeto encaminhado ao Senado Federal, onde tomou o número 58/73. Em 26 de outubro, o Senador Accioly Filho apresenta o relatório pela aprovação do projeto, com restrições apontadas e que seriam renovadas em emendas, as quais foram apresentadas em plenário, em um total de 143 (11).

Em 6 de novembro foi encerrada a discussão, quando o Senador Accioly Filho analisou com propriedade não somente o Código de 1969, como também o momento histórico da reforma. Lembrando Roberto Lyra, enfatizou que “os códigos precisam ser, isto sim, menos arbitrários e artificiais, substituindo as adaptações e generalizações por textos qualificadores e sancionadores evolutivos, mas característicos e condizentes”. E, mais adiante: “. . . o Decreto-Lei nº 1.004 não realiza, exatamente, uma reforma em nossa legislação penal; revê-la, pondo-a em dia com a nossa realidade. É mais uma adaptação que uma reforma; é menos a construção e mais o conserto de um edifício. Não vai até à unificação das penas, mas chega à extinção das medidas de segurança complementares à execução da pena. Admite o estabelecimento penal aberto, mas não quis avançar até a prisão-albergue. Faz concessão à substituição da pena privativa de liberdade curta pela pena pecuniária, mas não se encoraja até o perdão judicial. Mantém-se aferrado ao princípio da punição pela culpa, ancorando-se na pena retributiva, mas acolhe a figura do criminoso habitual e do criminoso por tendência e acena a um fim recuperador da pena. É rigoroso com o concurso de delitos, não transigindo com o crime continuado, mas acolhe a prescrição da reincidência e, ao mesmo tempo, aflige a pena do multirreincidente. Eleva as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio e contra a administração pública, mas abranda outras previstas para ilícitos de menor gravidade” (12).

Pela dignidade científica de suas normas, um Código Criminal não pode ser considerado como a *defesa avançada* da sociedade, um conjunto arbitrário de instrumentos para os *primeiros combates* à delinquência. Fiel a esta posição, Accioly Filho salientou em sua oração ao Senado que “a lei penal não é panacéia nem arsenal onde se vão buscar os remédios ou as armas para os males da sociedade. Não adianta atulhá-la de fatos típicos, senão a violação da ordem jurídica, da mais banal, acaba de desmoralizá-la; não convém adorná-la para efeito externo, cobrindo-a de institutos e de princípios dos mais adiantados, se eles não vão corresponder à realidade” (13).

Três anos mais tarde, em 10 de dezembro de 1976, Delmas-Marty, da Universidade de Lille, proclamava em face do sistema francês e de tantos outros modelos assemelhados, que em muitas leis recentes a sanção penal foi considerada uma espécie de reforço a disposições de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, que se mostravam ineficazes para combater agressões ao meio ambiente, às sociedades comerciais e a setores da administração pública, fazendo com

(10) *Código Penal — Histórico da Lei nº 6.016, de 1973*, cit., pág. 191.

(11) *Idem*, págs. 245 e segs.

(12) *Idem*, pág. 337.

(13) *Código Penal — Histórico da Lei nº 6.016, de 1973*, cit., pág. 339.

que o Direito Penal tivesse um caráter *auxiliar* e meramente sancionatório. Como conseqüência, se arriscava a extrair de outros textos penais a sua força primitiva, de modo a diluir seu vigor e a se tornar inócuo (14).

O trabalho de Accioly Filho foi justamente destacado pelo Senador Franco Montoro, considerando-o como um esforço “verdadeiramente beneditino” (15) pela atuação nos mais importantes centros de irradiação do Direito: as Universidades, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto dos Advogados, as Associações de Magistrados e do Ministério Público. Além disso, os freqüentes contactos com juristas e profissionais das ciências criminais proporcionaram uma excelente contribuição, como ponto de efetiva reforma. Assim, em 16 de novembro, Accioly Filho, com o Parecer nº 657, apresenta um substitutivo ao projeto, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e que foi aprovado pelo Senado em sessão de 21 de novembro. Encaminhado à Câmara, na sessão de 28 de novembro, foi lido o parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o substitutivo. Já no dia imediato, em sessão extraordinária, é realizada a discussão em turno único e feita a votação (16).

A rejeição de importantíssimas emendas foi conseqüência do grave açodamento em que um assunto de tão relevante importância foi posto ao conhecimento e deliberação do Congresso Nacional. Diversos parlamentares denunciaram o clima de constrangimento político em que fica envolto todo o Poder Legislativo quando as mensagens do Governo “recebem apoio natural, quase sistemático” (17).

O Ministro Alfredo Buzaid foi criticado porque, segundo sua proclamação, a reforma se destinaria a atender o gravíssimo problema das superpopulações carcerárias, na medida em que o Código de 1969 sofresse alterações que permitissem a adoção de novas medidas penais em substituição à pena privativa de liberdade, bem como um maior flexionamento dos institutos do *sursis*, do livramento condicional e do perdão judicial. E, no entanto, as modificações seriam apenas formais (18).

Mas o projeto governamental foi restaurado pela votação da Câmara e, apesar das emendas apresentadas pelo Senado, minorando os defeitos e introduzindo alterações importantes, não conseguiu se impor ao reconhecimento jurídico da Nação. Prometido o início de vigência para o dia 1º de julho de 1974 (cfr. art. 402 da Lei nº 6.016), assim não ocorreu posto que a Lei nº 6.063, de 27 de junho daquele ano, prorrogou *ad infinitum* tal evento para fazê-lo coincidir com a entrada em vigor do futuro Código de Processo Penal (Projeto nº 633/75), atualmente em tramitação no Senado Federal.

4. *O sistema penitenciário* O Ministério da Justiça mantinha preocupações com a superpopulação carcerária, principalmente frente às estatísticas

(14) *Criminalisation et infractions financières, économiques, et sociales*, em *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 3, julho-setembro de 1977, pág. 518.

(15) *Código Penal — Histórico da Lei nº 6.016, de 1973*, cit., pág. 344.

(16) *Idem*, págs. 354 e segs., 412, 416 e 482.

(17) Trecho do discurso do Deputado PEIXOTO FILHO, em *Código Penal Histórico da Lei nº 6.016, de 1973*, cit., pág. 482.

(18) *Ibidem*.

oriundas de São Paulo e do Rio de Janeiro, dando conta de que milhares de mandados de prisão não estavam sendo cumpridos por falta de acomodação nos presídios. O plano inicialmente proposto pelo Ministro Alfredo Buzaid no sentido de orientar uma política de construção de penitenciárias em atenção às modernas exigências arquitetônicas, não foi viabilizado. O maior inconveniente residia na certeza de que o aumento crescente do número de condenados à pena privativa de liberdade, tornaria inócua qualquer providência assente exclusivamente no plano material.

Para melhor avaliação do problema em nível nacional, foi instituída a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação penitenciária. Os trabalhos intensamente desenvolvidos tiveram, como seu presidente, o Deputado José Bonifácio Neto e, como relator, o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, o qual, após a inquirição de diversos especialistas, enfatizou a impossibilidade em se individualizar a execução das penas de prisão em face da superpopulação carcerária que impede a classificação dos prisioneiros em grupos e sua lotação em estabelecimentos distintos. O relatório acentuou que grande parte da população carcerária vive em ociosidade, "sob a influência corruptora da subcultura criminal"; que esse tipo de prisão acentua o caráter criminógeno do cárcere, servindo ao aperfeiçoamento do delito; que se deve preconizar um novo sistema de penas em substituição à de prisão, restringindo-se a privação da liberdade aos delitos mais graves; que o trabalho nas penitenciárias não é submetido a um regime jurídico, não havendo remuneração e nem a proteção contra os riscos ou tampouco o amparo por seguro social; que o dramático problema sexual vai para além das hipóteses do homossexualismo, posto que comum, para ganhar maior projeção com o assalto sexual "vitimador de presos vencidos pela força de um ou mais agressores em celas superpovoadas"; que não se tem experiência, no País, de assistência pós-penitenciária, embrionárias que são as poucas entidades particulares dedicadas ao problema; que a doutrina havia evoluído para reconhecer a possibilidade constitucional em se elaborar um Código de Execuções Penais que atendessem aos problemas relacionados com este campo jurídico, "equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites penais de segurança. Retirárá, em suma, a execução penal do hiato de legalidade em que se encontra" (19).

Em diversos Estados já se manifestavam os movimentos de liberalização na execução das penas de prisão. Em São Paulo, no Rio de Janeiro, no Paraná, no Rio Grande do Sul, em Pernambuco, as Secretarias de Justiça ou de Segurança Pública dedicavam especiais atenções ao problema e à instituição da prisão-albergue. A iniciativa do Poder Judiciário de São Paulo veio romper com os obstáculos opostos pelo pensamento conservador, fiel à exegese de que o sistema seria inconstitucional pois caberia à União legislar sobre normas gerais de regime penitenciário. Na verdade, porém, a nova experiência penológica extraía sua força da própria Lei Fundamental quando determina a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 153, § 14). E tais valores sempre são sacrificados pela arbitrária e injusta

(19) *Diário do Congresso Nacional, Seção I* — Suplemento nº 61, 4-6-76, págs. 1 a 9.

execução da pena de prisão. Daí, então, a revolução operada pela prisão-albergue, instituída pelo Código de 1969 diante de sua oportunidade.

5. *O Projeto nº 2/77* Em 7 de março do ano passado, o Congresso Nacional recebia a mensagem do Presidente da República, encaminhando o Projeto nº 2/77, destinado, principalmente, a atacar a problemática carcerária.

Como se verifica pela sua *exposição de motivos*, a promiscuidade nas prisões e a impunidade de infratores perigosos, que não eram recolhidos por falta de acomodação, impunham uma revisão urgente no sistema da execução das penas privativas de liberdade, além de revitalizar a multa que perdera toda a capacidade de intimidação, em consequência da inflação que há muitos anos é fenômeno permanente em nosso País.

A intenção do Ministério da Justiça ao preparar o projeto foi a de buscar solução, a curto prazo, "das mais agudas dificuldades no campo da execução penal", agindo sobre a legislação vigente, "evitando, pois, interferir nos projetos do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais e, ainda, no projeto de lei que propõe alterações no Código Penal de 1969 (vacante), atualmente sob exame da Câmara e do Senado" (20). Assim, inicialmente era preciso combater a superpopulação carcerária, "sem, contudo, deixar os delinquentes impunes" (21).

Também se fazia necessária a modificação de condições para o *sursis* e o livramento condicional, eliminando intoleráveis obstáculos que procuravam distinguir a reclusão da detenção e negavam os benefícios em atenção à natureza da sanção. Nos Congressos Nacionais de Direito Penal e Ciências Afins realizados em São Paulo (1968) e no Recife (1970) foram aprovadas conclusões no sentido da unificação das penas de prisão. A concessão do livramento condicional em favor dos condenados à pena por tempo igual ou superior a dois anos se constituiu em *recuperação de um tempo perdido*, desde quando esta orientação passou a ser adotada pelo Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-69, art. 89) que efetivamente entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1970, ao contrário do Código de 1969 que também previa a concessão a partir da pena de dois anos de reclusão ou detenção (art. 75).

Também nos domínios do Processo Penal, o Projeto nº 2/77, se objetivava modificar a fiança, inclusive quanto à correção de seu valor, veio tratar diversamente da prisão em flagrante e da prisão preventiva, flexionou melhor os procedimentos do *sursis* e do livramento condicional quanto à natureza e sentido das condições e fixou rumos à assistência pós-prisional, vista sob nova perspectiva e sem a fiscalização pela polícia.

Se é certo que em alguns trechos o projeto se desviou das linhas fundantes (regulando, de maneira inconstitucional, a colheita de depoimentos de pessoas qualificadas, por escrito e mediante o prévio encaminhamento das perguntas através de ofício), não se poderá negar a evidência de que ele cuidou da *espinha dorsal* de todo o ordenamento punitivo.

(20) *Diário do Congresso Nacional*, 12-3-77, págs. 196 e segs. (Vide também *Revista de Informação Legislativa* nº54, págs. 173 e segs.)

(21) *Ibidem*.

Também já foi dito que o projeto se mostrou pragmático na medida em que pretendia resolver problemas penais esvaziando as penitenciárias. Se é verdade que o texto encaminhado ao Congresso Nacional deixou de mencionar o sentido finalístico da pena de prisão — como o fizera o Código de 1969, no artigo 37 —, é também correto que não pode a lei assumir compromissos com as correntes orientadas pelo pensamento finalista da prevenção, máxime da prevenção especial não raramente sujeita a processos de degradação ⁽²²⁾.

Por outro lado e como bem pondera Eduardo Correia, quando se constrói um direito penal baseado na idéia de uma defesa ou proteção social contra o crime “pelo caminho utilitário ou pragmático da prevenção geral, não se vê como preservá-lo da tendência para a severidade das penas e para a multiplicação dos suplícios, em suma, não se vê, na sua lógica, como preservá-lo do perigo de ele se transformar num direito penal de terror” ⁽²³⁾.

O Projeto nº 2/77 veio, portanto, abrir caminhos em setores importantíssimos que desde já muito estavam marginalizados pelos estudos dogmáticos, mas permanentemente vivos no corpo e na alma de uma considerável parcela da comunidade pertencente a uma zona *juridicamente neutra*.

O grave inconveniente que comprometeu a discussão e a votação do projeto consistiu também no adodamento dos prazos. As emendas apresentadas perante a Comissão Mista (em número de 62) não foram suficientemente consideradas porque o relator da matéria, Deputado Ibrahim Abi-Ackel, não dispôs de tempo suficiente para o amadurecimento de idéias e posições diante do volume e da importância das contribuições.

Em prejuízo do aperfeiçoamento do projeto, outro fator concorreu, além da exigüidade dos prazos: uma assessora do Ministro Armando Falcão chegou a solicitar de alguns Senadores e Deputados que integraram a Comissão Mista a rejeição das emendas acolhidas pelo relator da matéria ⁽²⁴⁾. A preocupação era a de obter uma lei sem a contribuição do Parlamento. Um texto que viesse “purificado” e assim se conservasse como um autêntico projeto demiurgo para salvação dos homens desde o primeiro ao último dos purgatórios.

6. A *Lei nº 6.416* Sancionada em 24 de maio de 1977, a Lei nº 6.416 inovou em aspectos de importância: permite que a mulher possa trabalhar fora do presídio; instituiu o processo de observação e classificação do condenado; criou os regimes fechado, semiaberto e aberto para o cumprimento da pena; dispôs sobre os frutos da remuneração pelo trabalho; atendeu à necessidade de prever direitos e favores gradativos (frequência a cursos, saídas temporárias, permissões de saída etc.); regulou, embora inseguramente, a prisão-albergue; cuidou da temporariedade da reincidência, de condições mais compatíveis para o *sursis* e o livramento condicional; deu melhores possibilidades para se pro-

(22) A propósito, EDUARDO CORREIA, em sua *exposição de motivos* ao projeto de parte geral do Código Penal, Coimbra, 1963, pág. 13.

(23) *Idem*: “O princípio utilitário puro, a intimidação a todo preço e o positivismo social intransigente tornam-se quase sempre opressores” (loc. cit.)

(24) O parecer, aprovado unanimemente, foi publicado no *Diário do Congresso Nacional*, de 30-4-77. Foram aceitas 4 emendas integralmente e 27 parcialmente. 31 foram rejeitadas.

mover o juízo de periculosidade visando a execução da pena de prisão; tratou de causas de extinção da punibilidade e de assuntos referentes ao Processo Penal e à Lei das Contravenções Penais, como já foi observado.

O diploma ainda está sob experiência e sob julgamento. Inegavelmente as suas vantagens superam as vicissitudes, nomeadamente quanto aos incidentes de execução das penas de prisão, abrindo-se perspectivas mais adequadas neste delicado quadro. Verificou-se uma autêntica reforma, posta já em prática e passível de fundamentação científica na linha das experiências italiana (Lei nº 354, de 26 de julho de 1975), alemã (projeto alternativo de 1973), portuguesa (Decreto-Lei nº 783, de 29-10-1976, alterado pelo Dec.-Lei nº 222/77, de 30 de maio), além de outras.

O DIREITO A CONSTITUIR

7. *A descriminalização* Na atualidade se intensificam os movimentos doutrinários objetivando a *descriminalização* de muitas condutas. A expressão é um neologismo para muitos idiomas como o espanhol, o francês, o italiano e o português. Na linguagem sempre vibrante de Figueiredo Dias, a *descriminalização* significa o “abandono da incriminação de certos factos” (25) ou, “fazer perder uma infração seu caráter criminal” (26), ou, ainda, “significa colocar determinado comportamento fora do sistema punitivo”, na interpretação de Alcides Munhoz Netto (27).

Diversos países vêm reconhecendo esta necessidade em depurar o organismo jurídico repressivo daquelas entidades típicas que podem ser melhor combatidas por outros setores do Direito ou ainda de outras disciplinas, sem os inconvenientes que a sanção criminal acarreta em relação ao Estado e aos indivíduos.

Não se trata de uma providência de *oportunidade política* frente ao problema gerado pelas dificuldades sempre crescentes em se promover a perseguição dos autores dos ilícitos penais. Este aspecto interfere no processo legal-social de *descriminalização*, sem dúvida. Mas não constitui o ponto central do movimento. Em verdade, existem muitos fatos considerados como delitos, mas que não ofendem valores fundamentais à conservação e ao desenvolvimento do homem e da comunidade. Algumas normas não têm força incriminadora e, conseqüentemente, não se impõem à consciência coletiva como tal. A chamada *teoria do reconhecimento* formulada por Jellinek acentua que, para se determinar o conceito de Direito, a positividade deve repousar, em última instância,

(25) *Lei criminal e controle da criminalidade*, Lisboa, 1976, pág. 12. Segundo MARC ANCEL, o termo *descriminalização* apareceu pela primeira vez em uma obra de SHELDON GLUECK em 1949. Mas o fenômeno não é recente, esclarece MARC ANCEL. Já em 1736 uma lei inglesa proíbe as perseguições em matéria de bruxaria (*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 1, de 1976, pág. 87).

(26) Cfr. FRANCISCO CANESTRI, *Los Procesos de Descriminalización y Criminalización*, em *Ciência Penal*, nº 1, S. Paulo, 1976, pág. 7.

(27) Anibal Bruno e a reforma penal, Conferência proferida em Belo Horizonte (11-11-76) e estampada na *Revista de Direito Penal*, n.os 19/20, Rio de Janeiro, pág. 43.

no convencimento de sua validade, existente na maioria do povo (28). Com grande precisão, Max Weber acentua que a validade do Direito é o "consenso de legitimidade", em conseqüência do qual "os que obedecem o fazem pela razão de que consideram como vinculante também, quanto a eles, a relação, geral de domínio" (29). E, assim, a validade positiva, ou seja, "a validade jurídica, não a tem o Direito somente, nem sequer em primeiro lugar porque seja capaz de se impor, mas sim porque, em termos gerais, os submetidos a ele o consideram como obrigatório" (30).

Sob esta perspectiva, é possível o reconhecimento de uma *descriminalização de fato* e que consiste na ausência ou insuficiência da reação social, conforme a lição de Canestri (31).

O grave problema da *inflação penal* ganhou notável relevo quando a descriminalização e a criminalização constituíram assuntos escolhidos pelas entidades: Associação Internacional de Direito Penal, Fundação Internacional Penal e Penitenciária, Sociedade Internacional de Criminologia e a Sociedade Internacional de Defesa Social para discussão no Colóquio de Belágio, em maio de 1973.

No Brasil, desde há algum tempo, os penalistas têm-se insurgido contra o surto inflacionário da criminalização abusiva. Como referência, anotação de Alcides Munhoz Netto de que "mais de cinco dezenas de leis extravagantes consideram ilícitos penais violações jurídicas insignificantes ou fatos que só afetam interesses secundários da administração pública. Assim é que se incrimina: produzir açúcar acima da quota autorizada (Dec.-Lei nº 16/66); vender sob o nome de couro produtos que não sejam obtidos da pele animal (Lei nº 4.888/65); paralisar o incorporador de edificação em condomínio a obra por mais de 30 dias (Lei nº 4.591/64); deixar de restituir à autoridade licenças extintas pelo decurso do prazo (Lei nº 4.771/65); atuar como instituição financeira sem autorização do Banco Central (Lei nº 4.595/64); instalar ou utilizar estação ou aparelho radioelétrico sem observância de disposição legal (Código de Comunicações) e, até, pescar sem autorização da SUDEPE (Dec.-Lei nº 221/67). Ao legislador de 1969 oferecia-se o ensejo de corrigir estas demasias bem como o de abolir tipos anacrônicos, universalmente ultrapassados. O novo Código, entretanto, nem só manteve toda a legislação sobre crimes especiais (art. 401), como conservou e aumentou o elenco de fatos cuja incriminação não mais se justifica" (32).

O tratamento do incesto e da inseminação artificial como crimes é injustificável. Hulsman, em relatório apresentado ao Colóquio de Belágio, propõe

(28) Cit. por HANS WELZEL em *El problema de la validez del Derecho*, trabalho publicado em *Derecho injusto y Derecho nulo*, trad. de José M. R. Paniagua, Madri. 1971, pág. 83.

(29) HANS WELZEL, ob. cit., pág. 87.

(30) *Idem*, pág. 88.

(31) Outras hipóteses de *descriminalização de fato* seriam a erosão da repressão e a transformação do regime de execução de penas. Completando a noção, fala-se também em *descriminalização legal*, quando a infração é legalmente derogada (ob. cit., págs. 8 e segs.).

(32) Ob. cit., págs. 46 e 47.

expressamente a supressão do incesto como delito (ao lado de outros tipos referíveis a *normas morais*, como a blasfêmia, o adultério, o homossexualismo, a sodomia, a pornografia, a prostituição, o aborto, a esterilização e as relações sexuais entre e com menores) (33).

Para neutralizar esta *inflação incriminatória* e para justificar o processo de descriminalização, contribuem de forma relevante os resultados da investigação das relações entre a moral e o direito, particularmente entre a moral e o direito penal. Esta é a lição de Figueiredo Dias: “Se é função do direito penal proteger os *bens jurídicos fundamentais* da comunidade e só eles, decorre daí o mandamento de banir do seu âmbito todas e quaisquer” excrecências moralistas “e permitir que ele se concentre, tanto quanto possível, no seu núcleo essencial” (34).

Sob outro ângulo, a descriminalização também deve ser promovida em relação aos tipos de ilicitude que melhor poderiam ser enfrentadas por outros ramos do ordenamento jurídico. Trata-se de não reduzir o direito penal a um caráter meramente sancionatório, daí por que a observação de Miguel Reale Junior: “a tipificação delituosa surge, portanto, como recurso para que o direito valha enquanto ordena sob a ameaça penal, e não como a via extrema para a tutela de valores, cuja positividade deve ser necessariamente respeitada” (35).

Segundo Hulsman, entre os setores que se prestam ao processo de descriminalização, pode-se mencionar — além do abrangente das *normas morais* — os relativos às *normas sociais* e às *normas legais*. No campo das *normas sociais*, os comportamentos que podem ser colocados fora do sistema punitivo são: a mendicância, a vadiagem, a vadiagem na cidade, a inobservância de pagar pensão alimentícia e a toxicomania. Quanto às *normas legais*, pode o movimento alcançar a atividade econômica e o tráfego motorizado.

Outro setor importante destacado por Hulsman é o relativo à criminalidade contra o patrimônio (as pequenas infrações contra a propriedade, como furtos de mercadorias expostas, os furtos praticados por empregados nas lojas, os furtos cometidos por operários nas usinas etc.) (36).

Uma ligeira visão no Código de 1969/1973 permite avaliar a possibilidade em se descriminalizar diversas figuras porque não existe fundamento para a punição ou porque constituem modalidades de ilicitude especial em relação a tipos fundamentais. Assim: aborto por motivo de honra (art. 127); exposição ou abandono de recém-nascido por motivo de honra (art. 136); redução a cativo (art. 155); ajuste sobre pessoa humana (art. 156); o furto de uso (art. 165); furto de coisa comum (art. 166); alteração de limites (art. 172); usurpação de águas (inc. I, § 1º, art. 172); aposição, supressão ou alteração de marca em animais (art. 173); introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 175); alteração de local especialmente protegido (art. 177);

(33) *Descriminalização em Revista de Direito Penal*, n.os 9/10, Rio de Janeiro, 1973, pág. 25.

(34) *Ob. cit.*, pág. 12.

(35) *Descriminalização*, apud NILO BATISTA, *Algumas palavras sobre descriminalização*, em *Revista de Direito Penal*, n.os 13/14, RT, 1974, pág. 37.

(36) *Ob. cit.*, págs. 24 e 26.

apropriação de coisa achada (inc. II, parágrafo único, art. 180); apropriação indébita de coisa comum (art. 181); hospedagem fraudulenta (art. 188); os crimes contra as marcas de indústria, comércio ou serviço (art. 211); os crimes contra o nome comercial, o título do estabelecimento, a insígnia ou a expressão ou sinal de propaganda (arts. 212 e 213); os ilícitos contra a liberdade ou organização do trabalho devem ser revistos para se reduzir a criminalização (arts. 218 e segs.); ultraje por motivo de religião (art. 231); vilipêndio a ato ou objeto de culto (art. 232); ofensa ao pudor mediante fraude (art. 241); rapto consensual (parágrafo único do art. 244); proxenetismo (art. 250); local de prostituição (art. 252); incesto (art. 258); conhecimento prévio de impedimento absoluto (art. 261); adultério (art. 264); inseminação artificial (art. 267); incêndio culposo (§ 2º do art. 276); consumo de tóxicos (art. 311); charlatanismo (art. 313); curandeirismo (art. 314); peculato de uso (art. 346); condescendência criminoso (art. 357); abandono de cargo, emprego ou função (art. 360); exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 361); reingresso de estrangeiro expulso (art. 365); exercício arbitrário das próprias razões (art. 385); subtração, supressão ou danificação de coisa própria no legítimo poder de terceiro (art. 386); fraude processual (art. 387) e motim de presos (art. 394).

A descriminalização poderá também abranger largos setores da legislação especial e da Lei das Contravenções Penais.

Os chamados *crimes sem vítimas* constituem um vasto catálogo merecedor de revisão dentro do processo de descriminalização. Nestes casos — que Figueiredo Dias chama de “crimes sem pessoas especialmente ofendidas” —, se tornaria mais contestável a existência de um *bem jurídico* “claramente delineável, no sentido de um substrato de valor socialmente relevante” (37). Para o referido penalista, as hipóteses dos *crimes without victims* “ancoram a sua razão de ser, antes que na existência de um concreto *bem jurídico individualizado*, numa certa concepção moral, ética, religiosa ou análoga, e que por isso mesmo podem e devem tornar-se objeto do processo de descriminalização” (38).

Também Nuvolone advoga esta posição aconselhando um reexame “sem prevenções ideológicas” na temática dos chamados *délits sans victimes* (39).

Embora escritores de prestígio se oponham à descriminalização — como Pinatel que considera tal processo um “sintoma de uma sociedade doente, que parte o termômetro para não ter de reconhecer a doença” (40) —, a verdade é que o desenvolvimento social nos mais variados setores determina um permanente processo de revisão axiológica. Em consequência de uma certa *flutuação de valores*, muitos deles se superpõem aos outros de modo a justificar a tutela penal antes inexistente ou reduzida.

Entre nós e a propósito do tema sobre a reforma dos códigos, a Sociedade Brasileira de Criminologia observou que a crise na administração da Justiça Criminal tem como fator importante o congestionamento determinado pelo

(37) Ob. cit., pág. 13.

(38) Ob. cit., pág. 14.

(39) *Problemi di politica criminale e riforma dei codici*, conferência publicada em *L'indice penale*, nº 1, Pádua, 1975, pág. 18.

grande número de processos para averiguação de fatos sem gravidade, como fez notar Evandro Lins e Silva em relatório aprovado pela referida Sociedade (41).

A este *direito penal da bagatela*, como Nilo Batista se refere às contravenções penais, (42) e se pode estender a expressão para os crimes de escassa gravidade, deve-se opor as limitações legais de modo a excluir do Código Penal, da Lei das Contravenções Penais e das leis extravagantes, aquelas infrações que não merecem o tratamento rigoroso do Direito Criminal.

Anote-se, ainda, e com grande significação, que o processo legal-social de descriminalização deve alcançar também algumas hipóteses de *criminalidade política*. A este respeito, a tese de Alcides Munhoz Neto sobre *O Estado de Direito e a Segurança Nacional* deve ser avaliada principalmente quando alude à insegurança dos tipos penais em aberto e à periculosidade do autor como critério fundante de incriminação (43).

Finalmente, a descriminalização é justificável em situações nas quais é evidente a discordância entre o fato e o Direito. Assim ocorreu em França e outros países europeus com a prática clandestina do aborto, revelando a existência de grandes *cifras negras* cujos autores não eram perseguidos. Como consequência, o Estado viu-se obrigado a tolerar o aborto, submetendo-o, porém, a uma regulamentação visando suprimir os graves inconvenientes da clandestinidade (44).

8. *A criminalização* As transformações dos valores éticos e sociais que autorizam o processo de descriminalização também impõem condições que permitem muitas vezes o movimento reverso. O desenvolvimento de certas modalidades de crimes violentos ou astuciosos deu origem a um reforço na repressão penal tendo como um dos fatores a justificá-lo a melhor concentração de esforços na luta contra a criminalidade grave pela diminuição da carga de reações generalizadas.

Nos últimos anos, este assunto ganhou relevo em reuniões internacionais especialmente no Colóquio de Belágio, no Conselho da Europa e, mais recentemente, nas IV Jornadas de penalistas espanhóis (Sevilha, outubro de 1976). Neste encontro, considerou-se que o Direito Penal fora um instrumento excessivamente dócil nas mãos do poder, favorecendo a manutenção de um grupo dominante através de violações aos direitos fundamentais do homem.

O Congresso formulou para a Espanha certas opções concretas no campo do Direito Criminal, tendo em conta tratar-se de um país em vias de sofrer importantes modificações políticas, econômicas, sociais e culturais, após o advento da monarquia constitucional.

(40) *Apud* FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pág. 30.

(41) Em ALCIDES MUNHOZ NETO, ob. cit., págs. 44 e 45.

(42) Ob. cit., pág. 38.

(43) O trabalho foi apresentado na VII Conferência Nacional da OAB (Curitiba, maio 1978).

(44) PAUL CORNIL, *Problemes actuels de la répression pénale et la défense sociale nouvelle*, trabalho publicado em *Revue*, nº 1, de 1976, pág. 69.

Segundo Antonio Beristain, tornava-se necessário, em tais circunstâncias, descriminalizar muitos comportamentos que não provocam mais que ligeiras perturbações interpessoais; “mas é necessário também criminalizar outros, praticamente não visados pela lei penal, mas que causam danos estruturais ou coletivos como, por exemplo, o terror e o terrorismo; a poluição do ambiente; as especulações sobre a terra; a evasão de capitais; as torturas policiais; as fraudes fiscais; os atentados contra o consumidor e a intromissão na esfera da intimidade (45).

Sob o ângulo das violações dos direitos humanos, a criminalização deve atender também aos fatos de discriminação racial e de violação à autonomia ética da pessoa (46).

Entre os bens jurídicos merecedores da tutela penal nos últimos tempos, tem-se destacado a defesa do meio ambiente (poluição e dejetos); certas situações familiares (abandono material e moral); atentados ao consumidor: o comércio de armas.

Em França, a Lei nº 76.599, de 7 de julho de 1976, regulou a proteção das águas do mar, instituindo a prisão como pena ou a multa de 10 a 100 mil francos. A Lei nº 76.600, da mesma data, cuida da autorização para o embarque ou carga de dejetos, substâncias, produtos ou matérias destinadas a serem incineradas (47).

Três portarias simultâneas dos Ministros da Indústria e Pesquisa; da Saúde; e da Qualidade de Vida em França, datados de 10 de agosto de 1976, referem-se aos detritos de substâncias radioativas gasosas ou líquidas provenientes de instalações nucleares.

A proteção da natureza é uma das grandes preocupações no processo de revisão do Direito Penal europeu. Tal empenho levou à fundação, em 1964, da *Sociedade Francesa pelo Direito do Meio Ambiente*, sob a presidência de M. Prieur, professor em Strasbourg, que declarou à época: “Nós queremos contribuir ativamente para a análise de melhores condições jurídicas que permitam uma defesa mais eficaz do meio ambiente. Nós devemos nos ligar o mais possível aos grandes projetos de reforma legislativa e regulamentar, assim como ocorre com a evolução da jurisprudência, bastante rápida a partir de algum tempo” (48).

Em 10 de julho de 1976, a Assembléia Nacional francesa decretou a Lei nº 76.629 relativa à proteção da natureza, contendo, em seu capítulo V, normas penais que instituem numerosas infrações.

(45) Em *Revue*, nº 3, de 1977, pág. 716.

(46) A propósito da tendência em acentuar o respeito à dignidade humana através do Direito Penal, ver NOVOA MONREAL, *Progresso humano e Direito Penal*, em *Revista de Direito Penal*, nº 2, 1971, págs. 25 e segs.

(47) Neste domínio, o Código brasileiro de 1969, com as alterações da Lei 6.016, previu como crimes contra a saúde pública a poluição de fluidos (art. 300), a corrupção ou poluição de água potável (art. 301).

(48) *Revue*, nº 2, de 1977, págs. 445 e segs.

As infrações referentes ao comércio de armas estão previstas em recente legislação francesa (Decretos n.ºs 75.947, de 17-10-75, e 75.948, da mesma data).

Os ilícitos contra o consumidor também estão merecendo especial tutela (Decreto n.º 75.982, de 22-10-75), o mesmo sucedendo na Itália (Lei de 14-3-1977) que tem legislado freqüentemente em matéria de infrações relativas ao comércio e à posse ilícita de armas.

A proteção da ecologia é uma das acentuadas preocupações em tais países (49).

A VIII Conferência dos Ministros de Justiça da Europa (Estocolmo, 1973) recomendou ao comitê europeu para os problemas criminais que procedesse a um estudo aprofundado da criminalidade econômica e financeira.

Segundo Delmas-Marty, tal forma de delinqüência, embora não integre a categoria dos *delitos naturais*, é, sem dúvida, ameaçante, razão pela qual se manifesta, em todos os lugares aquela *solidariedade* que exprime o direito repressivo, ao menos naquilo em que ele é vital" (50).

Um rápido catálogo leva a reunir, dentre as chamadas *infrações financeiras*, os crimes falimentares e contra o mercado de ações; as infrações bancárias. Como *delitos econômicos*, podem-se agrupar os atentados à livre concorrência e toda uma vasta gama de infrações contra o consumidor (preços ilegais, fraudes alimentares, publicidade enganosa etc.). Finalmente, por *delitos sociais* são tutelados os ilícitos trabalhistas, os relacionados com urbanismo, o meio ambiente e até alguns delitos funcionais.

9. *Considerações finais* O empenho em se promover uma ampla e autêntica reforma do Direito Criminal brasileiro depende da perspectiva em que se coloque o legislador, pois, como bem lembra Delmas-Marty, "todo um movimento de criminalização" (e de consequência, de descriminalização) "somente é viável se for possível deixar o medo de quebrar o galho sobre o qual estamos sentados" (51).

Após deflagrado o processo de *despenalização* (atenuando-se o rigor das punições; flexionando-se melhor o *sursis*, o livramento condicional e o perdão judicial; reservando a prisão para os casos de comprovada necessidade), caminha o nosso sistema em busca do aprimoramento de suas leis básicas de incriminação. O Direito Criminal a constituir — após a arrancada para a despenalização — se movimenta, em grande parte, através dos pontos extremados, mas paralelos, da descriminalização e da criminalização. Nesta grande missão, o legislador deve ter a coragem para revolucionar toda uma estrutura deficiente. A coragem de — para usar um pensamento de Frankl — "uma tomada de posição a favor de um verdadeiro humanismo ou de um triste e degradante homuncalismo" (52).

(49) Sobre o assunto, a monografia *Ecologia e Reato*, de MARIO CICALA, 1973.

(50) Ob. cit., pág. 510.

(51) Ob. cit., pág. 518.

(52) Em EDUARDO CORREIA, ob. cit., pág. 72.

Processo de execução e direito de defesa

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Natureza jurídica da execução penal: as divergências doutrinárias; 2. Seu reflexo na reforma processual brasileira; 2.1. Primeira fase: a omissão; 2.2. Segunda fase: a insuficiência; 2.3. Terceira fase: a desatenção; 3. Pela jurisdicionalização do processo da execução; 3.1. O aspecto epistemológico; 3.2. O aspecto deontológico; 4. Direitos de defesa e processo de execução no Projeto n.º 633/1975; 4.1. Situação atual; 4.2. A proposta; 5. Conclusões — síntese.

1. Natureza jurídica da execução penal: as divergências doutrinárias

Não se aplacaram ainda as dúvidas da doutrina sobre a natureza jurídica da execução penal. Para permanecer apenas na doutrina processual penal italiana, que tão profundamente influenciou sobre a nossa, podemos mencionar, em primeiro lugar, os autores que, acentuando a importância do art. 577 do Código de Processo Penal ⁽¹⁾, configuram a atividade executiva como sendo de natureza tipicamente administrativa ⁽²⁾.

Levando em consideração a natureza da função jurisdicional e seu escopo de atuação no ordenamento jurídico, outra autorizada corrente doutri-

(1) O dispositivo, que tem como rubrica "funções executivas do Ministério Público e do pretor", prevê que a execução se inicie de ofício, por iniciativa do Ministério Público — que na Itália pertence à denominada "magistratura requerente" —, seguindo-se os provimentos do pretor.

(2) Cf., por exemplo, BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milão, 1965, pág. 477; RENIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Pádua, 1965, pág. 480; SANTORO, *L'esecuzione penale*, Turim, 1963, pág. 164; VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milão, 1953, pág. 367.

nária sustenta a natureza jurisdicional da execução penal ⁽³⁾. À mesma conclusão, por distintas razões, chegam outros autores, que salientam que os atos coercitivos dos órgãos administrativos são legais e eficazes na medida em que dimanam de ato jurisdicional, que os pressupõe ⁽⁴⁾.

Já em uma posição intermediária alinha-se outra corrente doutrinária que não reconhece à execução penal caráter propriamente jurisdicional, mas sim "processual": tratar-se-ia, substancialmente, do último "momento" do iter processual que tem seu ponto culminante na prolação da sentença ⁽⁵⁾.

Há quem distinga, enfim, três diversos aspectos da execução penal: pelo que respeita à relação da sanção com o poder punitivo estatal, a execução se enquadraria no direito penal substancial; no que tange à relação da mesma sanção como título executivo, a execução pertenceria ao direito processual penal; e no que concerne à atividade executiva, propriamente dita, estaríamos diante do direito administrativo ⁽⁶⁾.

Apesar das divergências doutrinárias, um dado parece pacífico, aqui como alhures: têm, incontestavelmente, natureza jurisdicional aqueles episódios que se podem inserir, incidentalmente, no curso da execução, e aos quais se costuma denominar "incidentes da execução" ⁽⁷⁾.

2. Seu reflexo na reforma processual brasileira

As referidas divergências doutrinárias, que também se notam entre nós, não poderiam senão refletir-se nos trabalhos preparatórios da reforma processual penal brasileira.

2.1. Primeira fase: a omissão

Em junho de 1970, era encaminhado ao Ministro da Justiça o Anteprojeto de Código de Processo Penal, de autoria de José Frederico Marques, o qual substituíra anteprojeto anterior elaborado por Hélio Bastos Tornaghi. O anteprojeto de 1970 não cuidava do processo de execução, por considerarem os orientadores da reforma legislativa mais apropriada a elaboração, à parte, de um Código de Execuções Penais, tarefa essa entregue a Benjamim de Moraes Filho, em substituição a anteprojeto anterior de Roberto Lyra.

Reconhecendo-se, posteriormente, a inseparabilidade do processo de execução e do processo de conhecimento, os anteprojotos Frederico Mar-

(3) Assim, entre outros, DE MARSICO, *Lezione di diritto processuale penale*, Nápoles, 1952, pág. 307; VASSALLI, *La potestà punitiva*, Turim, 1942, pág. 206.

(4) ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, IV, "Dell'esecuzione e dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera", Milão, 1943, pág. 5.

(5) CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milão, 1955, pág. 140; SABATINI, Giuseppe, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Turim, 1953, pág. 733; SCARANO, *I rapporti di diritto penale*, Milão, 1942, pág. 234.

(6) LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Nápoles, 1961, pág. 462.

(7) V. por todos, LEONE, *op. cit.*, pág. 472; BELLAVISTA, *op. cit.*, pág. 481; RANIERI, *op. cit.*, pág. 487.

ques e Benjamim de Moraes Filho não lograram seguimento legislativo. E foi então incumbido da elaboração de novo anteprojeto, que abrangesse o processo de execução, o Professor José Frederico Marques, por todos os seus méritos de processualista.

2.2. Segunda fase: a insuficiência

O novo anteprojeto, depois de revisto por uma comissão composta por Hélio Bastos Tornaghi, Benjamim Moraes Filho, José Carlos Moreira Alves e José Salgado Martins, além do próprio autor, foi afinal encaminhado ao Congresso Nacional, tomando na Câmara dos Deputados, como Projeto de Lei, o n.º 633/1975. Em livros separados (IV e IX), o projeto cuidou do processo de conhecimento — *ali englobando as providências cautelares* — e do processo de execução. Apesar disto, talvez pelas razões históricas já indicadas, o projeto não dava ao processo de execução a mesma importância dedicada ao processo de conhecimento e aos provimentos cautelares. E, pelas mesmas razões ou quiçá por uma certa relutância metodológica, não chegava a tomar posição científica quanto à jurisdicionalização do processo de execução. Assim, por exemplo, o projeto, reconhecendo embora que na execução penal existem o aspecto administrativo e o jurisdicional (arts. 851 e segs., 854 e segs. e 856 e segs., encabeçando, no Título “Dos órgãos da execução penal”, respectivamente, os Capítulos “Do juízo da execução penal”, “Da administração penitenciária” e “Do Ministério Público no processo executório”) não atribuía ao Ministério Público função de parte, limitando-se a vê-lo como fiscal da execução e cometendo-lhe funções administrativas (arts. 858 e 859, *parágrafo único*).

Dessa colocação defluem importantes conseqüências para os direitos de defesa no processo de execução, que somente podem ser plenamente assegurados onde a execução penal seja plenamente jurisdicionalizada. E assim, o projeto acabava sendo inteiramente omissivo quanto ao incidente de revogação do *sursis* (arts. 877/889), do livramento condicional (arts. 890/909), do parcelamento da multa (art. 851, § 2.º); não outorgava ao condenado suficientes garantias no incidente de conversão da pena pecuniária em pena privativa da liberdade, por não assegurar a defesa técnica nem a produção de provas (art. 848, § 1.º); não previa a participação do condenado em todas as modalidades de modificação da execução da pena (art. 918) etc.

2.3. Terceira fase: a desatenção

Pela primeira vez na história do direito brasileiro, um projeto de Código de Processo Penal foi submetido à apreciação do Congresso Nacional, para a indispensável contribuição do Parlamento. Na Câmara dos Deputados, o projeto foi enriquecido por numerosas emendas parlamentares, tendo sido amplamente debatido pelos especialistas na matéria. Forçoso é reconhecer, todavia, que o processo de execução recebeu bem pouca atenção: foram dedicadas ao Livro IX as Emendas oferecidas em Plenário, de n.ºs 743 a 778, que não denotaram, em sua esmagadora maioria, qualquer preocupação pelos direitos de defesa do condenado. Com efeito, apenas as Emendas n.ºs 743,

749 e 772 preocupavam-se com esse aspecto da execução penal: as de n.ºs 743 e 749, de autoria do Deputado Adhemar Ghisi — incorporada apenas a primeira ao projeto aprovado pela Câmara (art. 851) — tenta conferir ao Conselho Penitenciário atividade autônoma com relação à administração penitenciária, atribuindo-lhe a vigilância que deveria competir ao juiz da execução; e a de n.º 772, de autoria do Deputado Santilli Sobrinho, também adotada pelo projeto aprovado (art. 929), garante ao condenado o direito de defesa (embora sem alusão à defesa técnica) no incidente de revogação do livramento condicional. Posteriormente, o projeto foi adaptado à Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, acolhendo-a em parte, sem que com isto se alterasse a sistemática do projeto e da legislação vigente no tocante ao processo de execução.

3. Pela jurisdicionalização do processo de execução

A luta pela jurisdicionalização do processo de execução penal resulta de uma tomada de posição científica e metodológica. A experiência jurídica pode ser estudada — ensina Mestre MIGUEL REALE — sob três aspectos: norma, valor e fato (8). E os princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos.

A natureza jurídica da execução penal é moldada pela ciência do direito positivo, pelo direito entendido como ordem normativa: mas, ligando-se aos princípios gerais que essa mesma execução informam, não pode desprender-se dos valores éticos do direito. Analisemos, pois, a execução penal sob os ângulos epistemológico e deontológico.

3.1. O aspecto epistemológico

Sob o ponto de vista da dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa, o caráter jurisdicional do processo de execução penal exsurge claramente, apesar de certas imprecisões legislativas.

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que dessa atividade participam dois poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Mas é preciso separar os dois aspectos. A aplicação da pena é objeto do Direito Penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos códigos penal e processual penal. Mas a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, o qual guarda natureza indiscutivelmente jurisdicional e faz parte do direito processual.

Deixando de lado a expiação da pena, objeto da ciência penitenciária, o processo de execução penal nada mais é do que o instrumento através do

(8) MIGUEL REALE, *Filosofia de direito*, 1957, vol. II, n.ºs 191/196.

qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando emergente da sentença. Sentença penal condenatória que, aplicando a sanção, se constitui no título executivo necessário à instauração do processo de execução penal. E apesar de peculiaridades e diferenças em confronto com a execução civil, a natureza do **processo de execução** — penal e civil — é exatamente a mesma.

Vejam-se tais peculiaridades:

a) a execução penal é sempre forçada, sem possibilidade de sujeição voluntária do réu, salvo no que respeita à pena pecuniária. Mas o mesmo fenômeno se observa na ação penal condenatória (salvo em casos excepcionais de submissão à pena, previstos no projeto) e até mesmo no processo civil, quando se trata de ação constitutiva necessária. A *lide*, em todos esses casos, ocorre por pretensão resistida, porquanto a lei não permite que se a satisfaça. Embora com características próprias, temos aí o caráter peculiar da jurisdição: a **substitutividade**;

b) a jurisdição não é *inerte*, na execução penal, onde o processo é instaurado de ofício. Mas, outros casos há de jurisdição que se automovimenta, sem que por isso se negue o caráter jurisdicional ao processo instaurado independentemente da iniciativa do autor (processo-crime de rito sumário, pela legislação vigente; execução trabalhista etc.).

Poder-se-ia falar em jurisdição sem ação, em casos que tais? Não. A bem examinar o fenômeno da ação, em seu enfoque analítico, verifica-se a impossibilidade de afirmar a existência de processo (entendido como instrumento da jurisdição) sem ação: mesmo quando o juiz independe da iniciativa da parte para a instauração do processo, uma vez iniciado este, a parte fica investida de poderes e faculdades na relação processual, no exercício dos quais estimula o órgão jurisdicional a levar adiante o procedimento. E a ação não se esgota no impulso inicial, mas se desenvolve ao longo de todo o *iter* processual.

c) Não se exige nova **citação** no início do processo de execução penal. No entanto, efetua-se a intimação da sentença, expede-se mandado de prisão e, tratando-se de pena pecuniária a ser executada no juízo cível, existe citação. De qualquer modo, quando muito se poderia afirmar a inexistência de nova relação jurídica processual, na execução penal, a qual porém, posto que vista como prosseguimento da relação processual instaurada pelo processo de conhecimento, nem por isso perderia suas características jurisdicionais.

Do ponto de vista da norma, examinando o processo de execução penal no quadro do direito positivo, é inquestionável seu caráter jurisdicional, apresentando as características inerentes a tal função: a substitutividade, a atuação da vontade concreta da lei, a *lide*.

Ficaria tal natureza jurisdicional adstrita apenas aos denominados “incidentes da execução”? Não, pelo menos frente à sistemática da legislação brasileira.

É que, tanto pelo código vigente como pelo Projeto nº 633/75, nem toda função jurisdicional, na execução, restringe-se aos denominados incidentes. Recorde-se, apenas a título ilustrativo, a inquestionável função jurisdicional, exercida processualmente, nas hipóteses de medida de segurança imposta durante a execução da pena (art. 751, II, CPP), de reabilitação (art. 743), de liberdade vigiada (art. 767), de cessação de periculosidade (art. 777), de declaração da extinção da punibilidade no curso da execução (art. 61). Na verdade, no estatuto processual vigente, os denominados incidentes da execução resumem-se ao livramento condicional e à suspensão condicional da pena (Título III do Livro IV), não esgotando o processo — jurisdicional — de execução.

O Projeto n.º 633/75 amplia os denominados incidentes da execução, acrescentando, aos atualmente previstos como tais, o excesso ou desvio de execução (Título IV do Livro IX, Cap. I), a anistia e o indulto (Cap. IV) e as modificações na execução da pena privativa da liberdade (Cap. V). Assim mesmo, não esgotam tais incidentes toda a atividade jurisdicional que na execução se desempenha: haja vista, v.g., a extinção de punibilidade na execução (arts. 854/896), a conversão da pena pecuniária em pena privativa da liberdade (art. 870), a cessação antecipada das medidas de segurança (art. 894) etc.

Verifica-se, pois, que o juiz da execução é chamado freqüentemente a exercer, em sua plenitude e em sua pureza, a função jurisdicional, mesmo fora dos denominados “incidentes da execução”: e nem assim poderia deixar de ser, porquanto a sentença condenatória penal contém implícita a cláusula **rebus sic stantibus**, como sentença determinativa que é (9): o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transita em julgado, sendo porém passível de um processo de integração em obediência à cláusula que contém; é, pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos expressamente autorizados por lei.

É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da sentença condenatória penal trânsita em julgado, daí derivando a extensa gama de atividades jurisdicionais no processo de execução penal, em cujo curso as modificações se operam. Deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional, que não se restringe, normativamente, aos denominados “incidentes da execução”.

(9) Ver, de nossa autoria, *A nova lei processual penal*, 1977, págs. 135 e 153. Cf. MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, vol. 3.º, 1962, n.º 634; TORNAGHI, *Compêndio de Processo Penal*, I, 1967, pág. 112; ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Direito processual penal brasileiro*, vol. I, 1969, págs. 262/263.

3.2 O aspecto deontológico

Sob o ponto de vista dos valores éticos que informam a ciência do direito, o condenado não pode ser visto senão como titular de direitos subjetivos públicos, em relação ao Estado, obrigado a prestar-lhe a tutela jurisdicional.

Nesse enfoque, a natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, ao contrário, ele há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos, mas que seja entendido em sua função garantidora, ficam asseguradas ao réu as garantias constitucionais do "devido processo legal": o direito de defesa (compreendendo a defesa técnica), o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, evidentemente, a igualdade processual⁽¹⁰⁾.

São esses os valores fundamentais que informam o processo de execução penal: principalmente quando se lembre, uma vez mais, que a sentença condenatória penal tem natureza determinativa, contendo implícita a cláusula **rebus sic stantibus** e configurando um juízo de equidade que permite ao juiz modificações na sentença, sempre que se alterem as circunstâncias de fato.

Assim sendo, e por força mesmo da natureza da sentença penal condenatória, o juiz da execução é chamado constantemente a julgar, profere juízos de mérito. Mais importante ainda do que na execução civil é, pois, na execução penal, a imparcialidade do juiz, encarregado da síntese através da posição dialética das partes, na relação processual.

4. Direitos de defesa e processo de execução no Projeto n.º 633/75

O projeto, pelas razões já apontadas, não se afasta da tradição, conservando uma posição superada no que tange ao processo de execução penal.

É verdade que as garantias constitucionais do "devido processo legal" são de aplicação direta e imediata⁽¹¹⁾, sendo auto-executáveis; donde a conclusão de que, sendo a igualdade, a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição e a publicidade garantias de natureza constitucional, que defluem da Lei Maior, são elas plenamente aplicáveis ao processo de execução, ainda que a lei processual não as assegure.

(10) Sobre "due process of law", e direito ao processo v., de nossa autoria, **As garantias constitucionais do direito de ação**, 1973, e **Teoria geral do processo**, em colaboração com A. C. Araujo Cintra e Candido Dinamarco (1974, n.º 24/26).

(11) Sobre normas constitucionais de aplicação direta e imediata, v. o já clássico estudo de JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 1968, págs. 76 e segs. Especificamente quanto ao processo penal, v. ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, **Direito processual penal brasileiro**, vol. II, 1971, págs. 534/535.

Mas também é verdade que, na iminência de uma reforma processual como a que se delinea entre nós, e tendo em vista as dúvidas da doutrina quanto à execução penal, a sensibilidade do legislador há de captar os princípios garantidores mais atualizados e explicitá-los no novo estatuto processual. Como já dizia CHIOVENDA, um ordenamento processual difere de outro conforme adote ou deixe de adotar certos princípios fundamentais, ou os adote em maior ou menor medida (12).

É por isso que vários autores chegaram a afirmar que o processo penal se faz, acima de tudo, para garantia da liberdade jurídica do acusado (13). E é por isso que muitas das normas do processo penal nada mais são do que a conseqüência e o desenvolvimento de garantias constitucionais, "que sem elas seriam palavras ao vento" (14).

4.1. Situação atual

A análise do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados demonstra uma posição científica e metodológica insatisfatória. O Ministério Público não assume a posição de parte do processo de execução (arts. 88 e 858), nem se garante ao sentenciado, em todas as circunstâncias, o direito ao processo, nos denominados "incidentes da execução" e fora deles.

Aliás, ao Ministério Público não se reconhece a qualidade de parte sequer nos denominados "incidentes da execução" (art. 858) (15), muito embora algumas de suas atribuições sejam precipuamente de parte (incisos II e IX). A relutância do legislador em conferir ao Ministério Público a qualidade de parte no processo de execução pode até mesmo indicar uma equivocada preocupação com os direitos subjetivos do condenado, que se entenderiam melhor resguardados em um processo em que o Ministério Público funcionasse como fiscal da lei, imparcialmente (16). Equivocada, porque é a moderna ciência processual que demonstra que os direitos de defesa não podem ser plenamente assegurados senão onde o processo seja entendido como processo de partes, como *actum trium personarum*. A exigência do contraditório, que emerge da relação processual tríplice, decorre de uma escolha ideológica: da escolha política do processo. A afirmação de que há uma relação jurídica entre o Estado-juiz, o órgão da acusação e o acusado significa a negação da antiga idéia de que este é mero objeto do processo. No processo penal, a relação jurídico-processual e o enfoque do processo como sendo de partes representa a redução, a categoria jurídica, dos princípios políticos que informam o sistema acusatório. Como ensina

(12) CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1933, I, n.º 16, pág. 47.

(13) MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, 1975, pág. 9.

(14) TORNAGHI, *Compêndio de Processo Penal*, 1967, I, pág. 397. Antes já afirmara JOÃO MENDES JR.: "As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são atualidades das garantias constitucionais." (*O processo criminal brasileiro*, 1911, pág. 8.)

(15) Na redação dada ao art. 836 do projeto original pela Emenda nº 750, de autoria do Deputado JOSÉ BONIFÁCIO NETO.

(16) É o que se depreende, por exemplo, da Proposta de Emenda nº 744, de autoria do Deputado SANTILLI SOBRINHO, que assim justificava a inclusão do Ministério Público entre os órgãos da execução penal: "Já é tempo de o órgão do Ministério Público ser, na execução, mais um *custos legis* do que parte muitas vezes apaixonada..."

LEONE, o princípio da igualdade, a consideração da liberdade do acusado como expressão de um direito fundamental do indivíduo, a função do juiz, chamado a concretizar a vontade da lei no conflito entre as duas pretensões, todos os cânones, enfim, de inspiração democrática levam a manter-se fiéis à colocação do processo penal como processo de partes (17).

Exatamente pelo fato de não conferir ao processo de execução penal os contornos de processo de partes, é que o projeto freqüentemente olvida os direitos de defesa do sentenciado, fora dos "incidentes da execução" e até mesmo nestes.

Lembre-se, a esse propósito, a omissão do projeto quanto ao direito de defesa do sentenciado, no incidente de revogação da suspensão condicional da pena (arts. 899/912), de revogação do parcelamento da multa (art. 873, § 2º) e da modificação da execução da pena, consistente no cumprimento da pena em estabelecimento penal da União ou em outro Estado (art. 942); recorde-se, ainda, a insuficiência da previsão do projeto, que se atém à oitiva do condenado, sem preocupar-se com a defesa técnica e o contraditório — com produção de provas — na conversão da pena pecuniária em pena privativa da liberdade (art. 870, § 1.º); e lembre-se que freqüentemente se defere ao juiz o poder discricionário de permitir provas, como ocorre com o incidente de revogação do livramento condicional (art. 929).

4.2. A proposta

Fulcro deste trabalho são os direitos de defesa do réu, no processo de execução. A configuração do processo de execução como tendo natureza jurisdicional e como sendo processo de partes foi o ponto de partida para que coerentemente se chegasse à garantia de posições processuais de vantagem ao sentenciado submetido à execução.

Para resguardar tais direitos de defesa, de maneira completa, é mister introduzir no projeto um dispositivo de caráter geral, que tenha aplicabilidade a toda a relação jurídica processual penal de execução.

Nada melhor, a nosso ver, do que determinar a aplicação, ao processo de execução, e sempre que necessário, do disposto no projeto, nos arts. 550 **usque** 551, relativamente à "audiência sumária" prevista para a instrução e julgamento dos procedimentos incidentais, no processo de conhecimento.

Para tanto, a proposta que se formula é no sentido de acrescentar ao Projeto nº 633/75, logo após o art. 355 ("Do juízo da execução penal"), um novo dispositivo, assim redigido:

Art. 855-a — "No juízo da execução penal, ficam plenamente assegurados ao sentenciado o direito de defesa e o contraditório, nomeando-se-lhe advogado, se não o tiver, e aplicando-se ao processo de execução o procedimento previsto neste Código, nos arts. 550 e 551."

(17) LEONE, "Linee generali di una riforma del processo penale", in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1948, págs. 228 e segs. V., no mesmo sentido, CORDERO, "Linee di un processo di parti", in *Ideologie del processo penale*, 1966, págs. 168 e segs.

A redação do dispositivo respeita a sistemática adotada pelo projeto, tornando desnecessárias alterações mais profundas; e sua localização, no Capítulo II do Título I se justifica, porque é exatamente aí que o projeto traça as linhas gerais do processo de execução, que cognomina “juízo da execução penal”. Com efeito, nas “Disposições gerais” cuida-se mais amplamente da execução penal, abrangendo também os órgãos incumbidos do aspecto administrativo da expiação da pena.

5. Conclusões — síntese

Podemos concluir, sintetizando as assertivas e as propostas formuladas ao longo deste trabalho.

I — As divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da execução penal acabaram por influir sobre os trabalhos preparatórios da reforma processual penal brasileira, que inicialmente haviam optado pela elaboração, em separado, de um Código de Execuções Penais e depois se demonstraram insatisfatórios quanto ao enfoque processual do processo de execução.

II — A execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. A tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, o qual guarda natureza jurisdicional.

III — Como em todo e qualquer processo, entendido como relação jurídico-processual tríplice, o processo de execução penal é processo de partes. Só assim o sentenciado fica investido de posições jurídicas de vantagem e o processo se caracteriza em sua função garantidora, assegurando ao réu o “devido processo legal”.

IV — O Projeto n.º 633/1975, não delineando claramente o processo de execução como processo de partes, acaba por não garantir ao sentenciado, em todas as circunstâncias, o direito ao processo, quer nos denominados “incidentes da execução”, quer fora deles.

V — Muito embora a tutela constitucional do processo seja de aplicação direta e imediata, fluindo diretamente da Lei Maior e sendo auto-executável, é oportuno e conveniente, mesmo em face das dúvidas de doutrina, que o projeto consagre os direitos de defesa do sentenciado, em todo o juízo da execução penal, em dispositivo de caráter geral.

VI — Para tanto, sugere-se a inclusão de um dispositivo, no projeto, com a seguinte redação:

Art. 855-a — “No juízo da execução penal, ficam plenamente assegurados ao sentenciado o direito de defesa e o contraditório, nomeando-se-lhe advogado, se não o tiver, e aplicando-se ao processo de execução o procedimento previsto neste Código, nos arts. 550 e 551.”

Descriminalização e criminalização

- Considerações sobre os crimes de infanticídio e adultério. A direção perigosa de veículo na via pública

ANTONIO JOSÉ FABRÍCIO LEIRIA

CRIME DE INFANTICÍDIO: CONJUGAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA O DIREITO POSITIVO

1 — Legislação

Código de 1890

Art. 298 — Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte:

Pena — de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único — Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar desonra própria:

Pena — de prisão celular por três a nove anos.

Código de 1940

Art. 123 — Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Pena — detenção, de dois a seis anos.

2 — Breves Considerações

2.1 — Como se infere das transcrições feitas, o delito de infanticídio, pelo Código Penal de 1890, embasava-se no motivo **honoris causa**. O Código de 1940, por sua vez, despreza este motivo para alicerçar o tipo delitivo na influência do estado puerperal, isto é, nas alterações biopsíquicas que a fisiologia dos trabalhos do parto é capaz de provocar na mulher. Por seu turno, o Código de 1969 retoma o critério clássico do motivo de honra, relegando para um segundo plano a influência do estado puerperal, adotada pelo código vigente.

2.2 — As vantagens e desvantagens destes dois sistemas têm sido altamente debatidas pelos doutrinadores. Assim, como sabemos, para um grupo de estudiosos, certo andou o Código de 1940, quando orientou-se pelas linhas da **influência do estado puerperal**, na tipificação do crime de **infanticídio**. Por outro lado, para um segundo grupo, acertado andou o legislador de 1969 ao retornar o posicionamento do velho diploma penal de 1890, assentando as bases do crime de infanticídio no motivo de honra, para justificar o **privilegium** ou abrandamento da pena.

2.3 — Embora nossa preferência manifeste-se pela orientação seguida pelos Códigos de 1890 e 1969, por entendermos que o motivo **honoris causa** está assentado na realidade da vida, não podemos negar que o critério da influência do estado puerperal situa suas bases em dados de natureza científica, em consonância, igualmente, com a realidade das coisas. Deste modo, as duas partes encontram suportes lógicos para sustentações. Por isso, os dois posicionamentos disputam a preferência dos doutrinadores, que os confrontam na busca do melhor caminho. Não vamos entrar no debate profundo da matéria, por não ser este oportuno numa simples comunicação deste porte. Para esta basta o afloramento do tema.

3 — Conclusão

Diante destas breves considerações, além de outras que, como antes foi dito, por razões de oportunidade deixaremos de alinhá-las, entendemos que um critério conjugado dos dois posicionamentos, os quais deitam raízes na realidade vivenciada, seria o que melhor se ajusta ao **jus positum**, na tipificação do delito. Assim, propomos a seguinte redação para tipificar o crime de infanticídio:

Matar a mãe o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, ou para ocultar sua desonra, durante o parto ou logo após.

4 — Justificação

Como sabemos, tanto o motivo de honra, como as alterações causadas pelo puerpério são capazes de levar a parturiente a perturbações psíquicas, tendentes a culminar com a prática do crime em estado de anormalidade, justificando-se o abrandamento da pena. Desta forma, a abertura que propomos, com a adoção de um critério integrado, que casa os dois posicionamentos, propicia uma maior abrangência, melhor condiz com a realidade da vida e mais ajusta o dispositivo legal com os critérios de justiça.

CRIME DE ADULTÉRIO — DESCOLORIDO DA ILICITUDE PENAL

1 — Breves Considerações

1.1 — No Título que trata dos crimes contra a família, insere-se no Capítulo dos delitos contra o casamento o crime de adultério, como

se vê dos arts. 240 e 264, dos Códigos de 40 e 69, respectivamente. A esta espécie delitiva, cuja pena máxima é a detenção até seis meses, os legisladores de 40 e de 69 dedicam um artigo com quatro parágrafos. Num formidável desperdício de tempo, empresta-se uma vasta relevância a um fato que, sob o ponto de vista penal, é de mínimo relevo. Pois raríssimos são os casos de adultérios levados aos Juízos Criminais. Normalmente, em tais casos, o problema restringe-se à área cível, onde a importância do adultério desponta para fundamentar o desquite ou divórcio. Raros são os casos em que se aflora o problema penal, de nenhum ou quase nenhum interesse para as partes, no curso do desquite ou divórcio, onde situações de filhos e de patrimônio polarizam as atenções dos litigantes.

1.2 — Em razão de circunstâncias como estas, a realidade da vida judiciária demonstra que, sob o ponto de vista penal, o *ad alterum thorum ire* do velho direito romano, modernamente, não mais possui a relevância de que esteve dotado em outros tempos. Na atualidade, o delito de adultério representa uma velharia jurídico-penal, que deve ser retirada do Código, para ser posta no arquivo das coisas arcaicas do direito penal.

1.3 — Este ilícito, outrora de alta gravidade, como tantos outros tipos delituosos, empalideceu e desgastou-se pelo tempo. Perdeu a sua dignidade penal e conservou, tão-só, a importância de sua ilicitude civil, aos efeitos da dissolução do vínculo matrimonial e dos direitos e obrigações daí decorrentes, na separação dos cônjuges. Esta é a incontestável realidade, com a qual se deve ajustar um direito penal moderno, despidido de saudosismo.

2 — Conclusão

Diante de singelas considerações como estas, que dispensam pesquisas de maiores profundidades, propomos como medida de descriminalização seja o delito de adultério eliminado do Código Penal, porquanto, na atualidade social, a relevância do fato restringe-se ao âmbito do direito civil, não mais comportando a tipificação penal.

DIREÇÃO PERIGOSA DE VEÍCULO NA VIA PÚBLICA: TIPIFICAÇÃO COMO DELITO

1 — Breves Considerações

1.1 — A direção perigosa de veículo na via pública, na Lei das Contravenções Penais, aparece tipificada com a seguinte redação:

“Art. 34 — Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em água pública, pondo em perigo a segurança alheia.

Pena — Prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa de trinta centavos a dois cruzeiros.”

1.2 — Como se infere do dispositivo contravencional transcrito, é irrisória a pena cominada para a contravenção em causa. Se a chamada direção perigosa de veículos em via pública, como contravenção, apresenta-se com pálida cunhagem preventiva, esta, face à irrelevância da pena cominada no artigo em apreço, torna-se ainda mais descolorida e sem nenhum sentido prático, do ponto de vista preventivo ou repressivo. De fato, na prática, a contravenção em referência é um nihil. Ninguém lhe empresta a menor relevância. Logo, nenhum sentido possui. É letra morta, que nada vale.

1.3 — Pela forma como está normada a matéria, indubitavelmente, a lei não se ajusta com a realidade social contemporânea. Com efeito, está comprovado pelas estatísticas do mundo inteiro, que é no burburinho do trânsito onde os bens vida e integridade corporal mais padecem e mais sofrem agressões. Há um verdadeiro festival diabólico de rodas, com um número cada vez maior de motoristas que vão aleijando, decepando e matando. Desta maneira, o senso jurídico aconselha uma tomada de posição mais séria, no tratamento penal a ser emprestado na regulamentação do tema, com vistas a um maior combate aos delitos de trânsito e uma maior cautela na condução de veículos em lugares públicos.

1.4 — Diante de constatações de tal porte, que resultam do desenvolvimento constante de uma sociedade industrial e de consumo, onde o número de veículos em circulação cresce em proporções geométricas de ano para ano, com uma quantidade, cada vez maior de aventureiros do volante, pensamos que o fato de dirigir perigosamente deve merecer um tratamento jurídico-penal mais condizente com a realidade social.

1.5 — Assim, pelos dados estatísticos, constata-se que a direção perigosa em via pública é de uma constância alarmante, estando a exigir cada vez mais a atenção das autoridades. O número de motoristas inabilitados, embriagados, cresce assustadoramente. Deste modo, começaríamos por dizer que o fato da direção perigosa, pela sua constância e relevância, já adquiriu dignidade suficiente para ultrapassar os limites de uma simples contravenção e ingressar no campo dos fatos tidos como delito. Trata-se de um ato amadurecido suficientemente para ser tipificado como crime. Sem dúvida, a direção perigosa em via pública, juridicamente, apresenta-se com todos os matizes de um crime de perigo, que é punível pela simples criação do estado perigoso, criado pelo agente. Pune-se o perigo em si mesmo.

2 — Conclusão

Por estas considerações, propomos que a ação de alguém, em via pública, dirigir veículo perigosamente por embriaguez, inabilitação ou excesso de velocidade, seja tipificada como crime e não como contravenção, conforme acontece em nossa legislação vigente. Pois, trata-se de um delito de perigo, cujo tipo penal deverá ser inserido no capítulo dos crimes de "Periclitación da Vida e da Saúde", de que trata o Código Penal.

Perdão judicial

AMAURI SERRALVO

LEI N.º 6.416, DE 24-5-77

Art. 1.º — O Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7-12-40) passa a vigorar com as seguintes alterações:

.....

“Art. 121, § 5.º — Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 129, § 8.º — Aplica-se igualmente à lesão culposa o disposto no § 5.º do art. 121.”

Segundo JIMENES DE ASÚA (*La ley y el delito*, 1945, pág. 541): “são causas de impunidade, ou escusas absolutórias, aquelas que fazem com que a um ato típico, antijurídico, imputável a um autor e culpável, não se associe pena alguma por motivos de utilidade pública”.

Razões de política criminal fazem com que o Estado, embora reconhecidas as condições de punibilidade, renuncie à aplicação da sanção penal, provocando efeitos idênticos a determinadas causas extintivas de punibilidade.

O Código Penal vigente, com as modificações introduzidas pela Lei n.º 6.416, aos diversos casos de perdão judicial — artigos 176, parágrafo único, 180, § 3.º, 240, § 4.º, e 249, § 2.º —, ficou acrescido com mais dois que são as hipóteses previstas nos artigos 121, § 5.º, e 129, § 8.º

Com efeito, determina o art. 121, § 5º, com igual tratamento no 129, § 8º:

“Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as conseqüências da infração penal atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”

Na realidade, o Estado renuncia à punibilidade *in abstracto*, pois pressupõe que foi o agente punido pelas próprias conseqüências da sua conduta, de tal modo intensa que tornou a sanção penal absolutamente dispensável.

Deverá então o juiz reconhecer na conduta do acusado que houve tipicidade, que estão presentes a antijuridicidade e culpabilidade, entretanto, não poderá aplicar pena porque esse crime já foi antecipadamente punido pelas suas próprias e especialíssimas condições, conforme preceitua a própria lei.

O que se verifica no caso em tela é que a sentença do juiz não poderá produzir quaisquer efeitos de condenação. Equivalerá, sem dúvida alguma, a uma sentença declaratória da existência dos pressupostos de um crime não punível por razões de política criminal, pois, inclusive para verificação da reincidência, esse fato não poderá ser levado em consideração pois não houve condenação anterior.

Não há como se aceitar, *data venia*, a tese defendida por alguns de que na hipótese deveria o juiz determinar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pois este seria um efeito típico da sentença condenatória (artigo 393, CPP).

Não existe a sentença condenatória, pois segundo o sistema adotado pelo nosso Código, desaparece o *jus puniendi* em virtude de haver o Estado renunciado ao seu poder de punir, conforme já foi dito acima. Assim sendo, não se pode impor ao acusado efeitos que só seriam admissíveis no caso de condenação. Na realidade, conforme já ficou esclarecido, a decisão judicial em tais casos equivale a uma sentença meramente declaratória da existência de crime não punível.

CONCLUSÃO — Nas hipóteses dos artigos 121, § 5º, e 129, § 8º (perdão judicial), deverá o juiz reconhecer a existência do crime, sem contudo aplicar pena, tendo em vista que este já foi antecipadamente punido pelas suas próprias e especialíssimas condições de haver a infração atingido o agente de forma tão grave que tornou a sanção penal desnecessária.

Descriminalização

DAMÁSIO E. DE JESUS

PROPOSTAS

Não devem ser penalizados:

— comportamentos que, dentro de diversos grupos da comunidade, recebem diferente tratamento moral;

— condutas que não são do conhecimento da Polícia por intermédio de *notitia criminis*, mas sim em consequência de intensa investigação;

- condutas muito freqüentes;
- condutas em relação às quais a ameaça penal se mostra inoperante;
- comportamentos de difícil adequação típica;
- condutas que só são praticadas em casos de desequilíbrio psíquico ou moral;
- condutas que a maioria da população não considera reprovável;
- comportamentos definidos como infração pelo legislador a fim de auxiliar o delinqüente.

Em consequência, devem ser descriminalizados:

- anúncio de meio anticoncepcional;
- adultério;
- vadiagem;
- mendicância;
- inadimplemento de obrigação alimentícia;
- sedução em caso de inexperiência;
- toxicomania;
- Art. 1º do Decreto-Lei nº 16, de 10-8-66 (crimes referentes à produção de açúcar);
- Art. 44, § 7º, da Lei nº 4.595, de 31-12-64 (atuação como instituição financeira);
- Art. 9º da Lei nº 5.741, de 1º-12-71 (esbulho possessório);
- Art. 65 e segs. da Lei nº 4.591, de 16-12-64 (incorporações imobiliárias);
- Art. 2º do Decreto-Lei nº 47, de 18-11-66 (crime referente a despachos de café);
- Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.473, de 9-7-68 (crime referente a provimento de cargos);
- Art. 4º da Lei nº 4.888, de 9-12-65 (crimes referentes ao emprego da palavra "couro");
- Art. 17 da Lei nº 4.494, de 25-11-64 (contravenções referentes à locação de imóveis);
- Art. 3º da Lei nº 5.553, de 6-12-68 (retenção de documentos);
- Art. 10 do Decreto-Lei nº 15, de 29-7-66 (crime referente a reajuste salarial).

Lei de segurança nacional

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Fiel a seu dever de defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas, a Ordem dos Advogados do Brasil, no momento em que se anuncia a esperada reforma da lei de segurança nacional, apresenta sobre a matéria as observações que se seguem. Elas são formuladas após amplo estudo empreendido por ocasião da VII Conferência Nacional dos Advogados, realizada recentemente em Curitiba, e pretendem constituir contribuição honesta, sincera e leal, por parte daqueles que, como órgãos da administração da justiça, conhecem bem os efeitos dessa lamentável experiência legislativa.

— I —

1. A vigente lei de segurança nacional (Decreto-Lei nº 898, de 21-9-69) constitui um dos mais típicos exemplos da chamada “legislação revolucionária”, instituída pelo regime militar que se instalou desde 1964. Trata-se de um decreto da Junta Militar que então governava o País, sem Congresso, com base nos Atos Institucionais n.ºs 5 e 12. Este último, baixado no dia 31 de agosto de 1969, quando se declarou o impedimento do Presidente da República, por motivo de saúde, representou autêntico golpe de Estado, através do qual se afastou o Vice-Presidente civil, que deveria assumir o poder.

O Decreto-Lei nº 898 sucedeu ao Decreto-Lei nº 314, de 13-3-67, primeira lei de segurança nacional do novo regime, editada com base no Ato Institucional

2ª Comissão — Lei de segurança nacional

Presidente — Prof. Alcides Munhoz Neto

Relator — Prof. Heleno Cláudio Fragoso

Secretário — Luiz Chemin Guimarães

nº 2, que veio revogar a antiga Lei nº 1.802, de 1953, que definia os crimes contra a ordem política e social. O Decreto-Lei nº 314, por seu turno, foi modificado pelo Decreto-Lei nº 510, de 20-3-69, que pretendeu suprir omissões ou lacunas do texto anterior, tornando puníveis inclusive os atos preparatórios (art. 42), tendo sido editado com base no Ato Institucional nº 5.

2. Trata-se de leis surgidas num período particularmente conturbado da vida nacional, com as quais se procurou reprimir e prevenir a subversão, representada pelo perigo comunista, um dos objetivos declarados do regime. Tanto o decreto-lei vigente como os anteriores foram editados pelo poder discriminatório do Presidente da República, ou da Junta Militar que exercia as suas funções, sem aprovação do Congresso, e, pois, sem qualquer legitimidade democrática, mesmo a puramente formal, que existe num Congresso inteiramente dominado e limitado pelo Executivo. O Ato Institucional nº 12, com o qual os ministros militares se instalaram no poder, constituiu claramente fato punível em face da lei de segurança em vigor.

- II -

3. O Decreto-Lei nº 898, como os que o antecederam, caracteriza-se pelo extremo rigor, revelando infundada confiança no efeito preventivo da ameaça penal. A lei, em seu conjunto, adotou política intimidativa e feroz, reintroduzindo a pena de morte (cominada, por vezes, isoladamente ou, de forma alternativa, com pena de prisão perpétua, inclusive para resultados preterintencionais), sendo pródiga na previsão de penas mínimas inteiramente desproporcionadas com a gravidade do malefício. Há crimes de manifestação do pensamento punidos com a pena mínima de 10 anos (art. 39).

Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal. A eficiência da repressão não depende da gravidade das penas, mas, sim, da certeza da punição. As penas desproporcionadas e injustas, que ferem a consciência do julgador, não são aplicadas. A Justiça Militar jamais aplicou o art. 39 e nunca impôs a pena de morte.

Esta última é incompatível com a índole de nosso povo e jamais será aplicada legalmente no Brasil.

Como ainda há pouco se declarou na Conferência Internacional sobre a abolição da pena de morte, celebrada em Estocolmo, em 11 de dezembro de 1977, a execução da pena capital é um ato de violência, que gera mais violência, revelando um índice de brutalidade que alcança todos os que estiveram envolvidos no processo. Nessa mesma conferência se insiste em reafirmar que a pena de morte jamais revelou ter efeito dissuasivo.

4. Caracteriza-se, por outro lado, o Decreto-Lei nº 893, pela fiel incorporação da doutrina da segurança nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra. Isso transparece, com extrema nitidez, nas definições inúteis e vazias contidas nos artigos 2º e 3º e seus parágrafos. Segundo tal doutrina, entende-se por segurança nacional o grau relativo de garantia que, através

da ação política, econômica, psicossocial e militar, o Estado proporciona à nação, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito dos antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais. A garantia a que se refere o texto é proporcionada pelo poder nacional que se define como “expressão integrada dos meios de toda ordem de que efetivamente dispõe a nação numa determinada época”, exercendo-se através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, para assegurar a consecução dos *objetivos nacionais*. A segurança nacional compreende a *segurança interna*, que “diz respeito aos antagonismos ou pressões, de qualquer origem, forma ou natureza que se manifestem ou possam manifestar-se no âmbito interno do País”, e a *segurança externa*, que diz respeito aos antagonismos ou pressões de origem externa, surgidas no domínio das relações internacionais.

O conceito de segurança nacional tem por fulcro, como se percebe, a consecução dos objetivos nacionais, que compete ao Conselho de Segurança Nacional estabelecer (art. 89, I, da Constituição Federal). Os objetivos nacionais são vagamente definidos como “cristalização dos interesses e aspirações nacionais em determinado estágio da evolução da comunidade, cuja conquista e preservação toda a nação procura realizar através dos meios de toda ordem a seu alcance”.

O conceito elaborado constitui mero esquema conceitual sem conteúdo, pois se caracteriza pela imprecisão e absoluta indeterminação. Permitiu, no entanto, que se criasse uma certa mística da segurança nacional, como algo relativo aos mais graves e transcendentais interesses do Estado, com a montagem de um aparato repressivo que se caracterizou pelo arbítrio e pela violência, com largo emprego da tortura. A suspensão do *habeas corpus* constitui o mais importante fator da violência transformada em rotina da investigação policial nessa matéria, pois torna impossível o contraste judicial da legalidade da prisão.

As prisões passaram a ser feitas sob forma de seqüestro e os presos, encaпуçados, conduzidos a locais ignorados. Os advogados criminais cansaram-se de ouvir as mais horripilantes narrações de violências e constrangimentos pessoais que, por vezes, conduziram à morte e ao desaparecimento.

5. Embora a criminalidade política seja hoje extremamente reduzida, o esquema de violência contra presos políticos continua montado, como revelaram casos recentes. Lamentavelmente, continuam em ação órgãos militares que efetuam as prisões e promovem a inquirição dos presos no período da incomunicabilidade. Esses órgãos não aparecem no inquérito (que formalmente é feito pela polícia política civil), funcionando como *braço oculto* do sistema.

- III -

6. A formulação de uma lei para definir e punir os crimes contra a segurança do Estado tem de partir de idéias claras quanto ao objeto da tutela jurídica. Delimita-se, assim, com nitidez, a *matéria da proibição* e se esclarecem os princípios que devem reger a aplicação da lei.

7. Parece, no entanto, importante, ter presente autêntica questão preliminar. Através de uma lei penal dessa espécie o Estado se defende contra inimigos internos e externos. Para que essa defesa tenha legitimidade, particularmente no plano interno, é indispensável que o governo seja democrático e que a lei seja feita pelos representantes do povo. Só os regimes democráticos têm verdadeiramente autoridade para reprimir e punir os seus inimigos. Como dizia, com exatidão, FLORIAN (*Delitti contro la sicurezza dello stato*, Milão, Vallardi, 1915, 82): “un concetto rationale del delitto politico solo possibile la dove il regime politico riposi sopra il consenso della maggioranza, abbia, cioè, per base, i sacri principi della libertà”. As tiranias dificilmente podem ter inimigos ilegítimos.

8. O Decreto-Lei nº 898 define o que se deve entender por segurança nacional. Começa por dizer, no art. 2º, que a “segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos”. Como não se define o que sejam *objetivos nacionais* nem o que sejam *antagonismos*, realmente nada se esclarece.

O bem jurídico tutelado não pode consistir em *garantia*. *Segurança* não pode ser definida como garantia de alguma coisa. *Segurança* é um *estado*; não pode ser garantia para alguma coisa. *Segurança* contrapõe-se a perigo e a risco, ou seja, a insegurança. *Segurança* é o estado seguro de riscos e perigos; de incerteza e de acontecimentos prejudiciais.

Os *antagonismos* de que a lei fala tão impropriamente, inclusive pela nebulosidade e indeterminação, não poderiam configurar-se jamais através de qualquer manifestação contrária ao que se afirma serem objetivos nacionais. Os antagonismos são típicos dos regimes democráticos. Só as ditaduras não os toleram.

Após ter, no art. 2º, supostamente, estabelecido o conceito de segurança nacional, a lei estabelece, no art. 3º:

“A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.”

A impropriedade salta aos olhos. O enunciado corresponde a dizer que a segurança nacional compreende medidas destinadas à preservação da segurança nacional.

A segurança nacional é um estado e não pode *compreender medidas*. A defesa ou a preservação da segurança nacional é que pode compreender medidas.

O § 1º do art. 3º, supondo que define o que seja *segurança interna*, não é menos infeliz:

“A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no País.”

Deve entender-se: ameaças ou pressões antagônicas *aos objetivos nacionais*. Ora, pois. A segurança interna não diz respeito. A segurança interna é alguma coisa e não diz respeito a qualquer "ameaça" ou "pressão". Que são "ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, forma ou natureza?"

O § 2º do art. 3º, por seu turno, traz definição complicada de guerra psicológica adversa, elevando a tal categoria, ou seja, à categoria de *guerra*, qualquer manifestação do pensamento nos campos político, econômico, *psicosocial* ou militar, contrária à consecução dos objetivos nacionais. O exagero é evidente.

Finalmente, no § 3º do art. 3º vem definida a *guerra revolucionária*, como "conflito interno", "que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da nação".

Não se procurou definir o que seja *segurança externa*.

Quanto à forma, a *conceituação legal* é inaplicável e perigosa, por ser tautológica e sem conteúdo. Por outro lado, é imprópria e perigosa, em se tratando de lei penal. É fórmula totalitária e abrangente de elementos que nada têm a ver com os crimes políticos, únicos que devem figurar numa lei dessa natureza.

9. Objeto da tutela jurídica nos crimes contra a segurança do Estado não podem ser vagos antagonismos aos objetivos nacionais. Como dizia o saudoso Ministro RIBEIRO DA COSTA, da Presidência de nosso Supremo Tribunal Federal, pelo menos nesta perspectiva, não pode haver dúvida de que "o que diz respeito à segurança nacional é aquilo que diz respeito ao interesse político da Nação".

Desde que se iniciou, em pleno século das luzes, a reação liberal ao amplo e odioso conceito do crime de lesa-majestade, os crimes contra a segurança do Estado foram classificados em dois grandes grupos de fatos puníveis. O primeiro se refere aos crimes de *traição* ou contra a segurança externa, que se dirigem contra a existência, a integridade, a unidade e a independência do Estado, compreendendo a defesa contra a agressão exterior e a regularidade das relações internacionais. O segundo é constituído basicamente pela *sedição* e se refere aos delitos contra a segurança *interna*, que atingem, em termos de dano ou de perigo, a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado e a inviolabilidade do regime político vigente.

Essa distinção clássica tem sido criticada por autores antigos e modernos, que assinalam não ser possível destacar a segurança interna da segurança externa. O que afeta uma, atinge necessariamente a outra. Isso será tanto mais evidente na criminalidade política de nosso tempo. A distinção conceitual, no entanto, permanece válida, na medida em que proporciona idéia clara que circunscreve e delimita com nitidez o bem-interesse que se visa tutelar com a incriminação de fatos contra a segurança nacional.

10. A fórmula complicada da lei vigente não teve ressonância na jurisprudência dos tribunais que, fiéis à inspiração democrática, própria de nossa magistratura, sempre ligaram os crimes contra a segurança nacional aos atentados aos interesses *políticos* do Estado. Isso se observa, com extrema nitidez, na exigência do propósito subversivo como elemento aos crimes contra a segurança nacional, contrariando o que parece ser clara intenção do legislador, que pretendeu se contentar na grande maioria das figuras de delito, com um dolo genérico, movendo-se no esquema conceitual dos antagonismos aos objetivos nacionais. A lei de segurança nacional, se fosse aplicada dessa forma, seria um texto infame, de extrema e insuportável dureza. Numa única passagem, a do art. 27 (que pune o assalto, o roubo e a depredação de estabelecimento de crédito ou financiamento, "qualquer que seja a motivação"), os tribunais dispensam o propósito subversivo, porque aqui a clareza do texto exigiria uma declaração de inconstitucionalidade.

— IV —

11. O exame do Decreto-Lei nº 898 revela, com facilidade, os seus graves defeitos. Vamos aludir, a seguir, apenas aos aspectos mais salientes, para destacar os pontos mais carentes de revisão.

12. O enunciado com que se inicia o texto, segundo o qual "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei", reproduzindo o que se contém na Constituição Federal, não tem significação técnica, e deve ser eliminado. Esta lei não define nem limita a responsabilidade de todos os cidadãos e pessoas jurídicas em face da segurança nacional: ela apenas prevê crimes e sanções e a forma especial do processo de fatos que a ofendem.

A disposição constitucional (art. 86) tem nítido sabor totalitário, elevando a segurança nacional à categoria de valor supremo do Estado. O cidadão não é mais responsável pela segurança nacional do que por outros valores da vida social e da estrutura política do Estado, e, se nesse último aspecto, alguma particular responsabilidade merecesse destaque, teria de ser a que se relaciona com a forma democrática do governo e o dever de resistência à tirania e à usurpação de poder dos governantes, como constava dos velhos textos oriundos da revolução francesa.

Seguindo o mal exemplo da lei de segurança nacional, a lei sobre drogas (Lei nº 6.368, de 21-10-76), em seu art. 1º, também dispõe que "é dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica". Uma disposição como essa poderia se referir a todas as infrações penais.

13. O conceito de segurança nacional deve ser eliminado da lei, por inútil e defeituoso. Nenhuma lei penal define o objeto da tutela jurídica, tarefa que compete à doutrina. A definição legal, como já assinalamos, poderia ter tido

efeitos lamentáveis, se a lei tivesse sido aplicada com o rigor que inspirou a sua feitura. Felizmente, este não foi o caso. Os tribunais nunca perderam tempo em fixar o sentido e o valor exegético da fórmula legal que, como já vimos, não é de inspiração democrática e não permite, por sua ausência de conteúdo, transformá-la num princípio jurídico operacionalmente válido.

14. O art. 4º da lei reproduz a regra geral, relativa à aplicação da lei penal no espaço (art. 4º-CP), sendo inteiramente desnecessário, face ao princípio da subsidiariedade do direito penal fundamental (art. 10-CP).

O art. 5º incorpora disposição que já se contém no art. 4º, servindo apenas para demonstrar o despreparo cruel do legislador. Aos crimes cometidos no estrangeiro que produziram ou deviam produzir resultado no território nacional aplica-se a lei penal brasileira. Essa regra está no Código Penal (art. 4º) e também no art. 4º do próprio decreto-lei.

O art. 6º do decreto-lei introduz em nossa legislação nova hipótese de extraterritorialidade incondicionada, de conveniência mais que duvidosa. Pune-se o crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil, independentemente das condições previstas no art. 5º, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Todavia, a disposição inexplicavelmente limita a extraterritorialidade aos crimes praticados por estrangeiro *contra brasileiro*, ou seja, aos crimes cometidos contra bens jurídicos *individuais*. Na lei de segurança nacional, o objeto primário da tutela jurídica é um bem-interesse não do indivíduo, mas do Estado, que é o sujeito passivo do crime.

Adotando sem restrições a regra da extraterritorialidade nos casos de crime contra a segurança nacional praticado contra brasileiro fora do Brasil, não se percebe por que foi excluído o caso de crime praticado por brasileiro.

15. No elenco das infrações penais, a mais importante tarefa é a da meticulosa revisão das condutas típicas, para eliminar as incriminações vagas e indeterminadas, que são próprias das leis de segurança dos países totalitários. A incriminação vaga atinge o princípio da reserva legal e, comumente, torna a lei inaplicável pela indeterminação do seu conteúdo.

São casos dessa indeterminação: "entrar em entendimento com governo estrangeiro ou seus agentes" (art. 8º); "pôr em perigo a independência do Brasil" (art. 9º); "comprometer a segurança nacional" (art. 11); "doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição" (art. 13); "procurar obter... notícia de fatos ou coisas" (art. 15, § 1º); "tentar indispor o povo com as autoridades constituídas" (art. 106); "notícia tendenciosa" (art. 16); "fato verdadeiro truncado ou deturpado" (art. 16); "fato de importância para o interesse nacional" (art. 17); "tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente" (art. 23); "praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva"; "assaltar" (arts. 27 e 28); "incitar à subversão" (art. 39, I).

A definição vaga, em última análise, torna indeterminado o conteúdo da proibição, favorecendo o arbítrio e criando uma área de insegurança para o direito de liberdade, incompatível com a lei penal.

16. Na cominação das penas está o aspecto mais aberrante da lei de segurança em vigor. A reforma dessa lei, conduzida num período de tranqüilidade, permite ajustá-la a uma política criminal moderna, que tem, como uma de suas características básicas a mitigação das penas.

Devem ser eliminadas a pena de morte e a de prisão perpétua. Essas duas penas não podem jamais ser as *únicas* penas cominadas alternativamente a certos crimes (arts. 8º, parágrafo único; 9º, parágrafo único; 10, parágrafo único; 24, parágrafo único; 25, parágrafo único; 27, parágrafo único; 28, parágrafo único; 29, parágrafo único; 33, § 2º), em conjunto com a reclusão por 30 anos (art. 51).

Há casos em que a pena de morte é a única aplicável (arts. 11, § 3º; 22, parágrafo único; 32; 37, § 2º; 39, § 2º).

A previsão da morte como única pena para resultados que, conquanto graves, são preterintencionais (arts. 11, § 3º; 22, parágrafo único; 37, § 2º; 39, § 2º) é particularmente injusta, pois os resultados mais graves, em tais situações, são apenas culposos.

É imprescindível diminuir as penas praticamente em todas as escalas penais. Aqui é necessário ter presente a gravidade da ação (e particularmente a sua potencialidade causal). Os crimes de perigo têm de ser punidos com penas leves. O *dano* surge com a traição e a sedição que atingem, de forma a prejudicá-los, os bens jurídicos que constituem a segurança nacional (externa e interna). Fora daí temos apenas crimes de perigo.

17. Quanto aos crimes de manifestação do pensamento: numa sociedade democrática e pluralista há sempre tolerância com os que se opõem ao governo, e as penas, quando aplicadas, são sempre leves. Trata-se de crimes de perigo.

Para que haja manifestação do pensamento punível como crime político, não basta a simples enunciação de idéias contrárias aos interesses da segurança do Estado. É *necessário que tal enunciação de idéias se destine a conduzir à ação criminosa, apresentando potencialidade causal de tal efeito*. E isto porque, como diz CHAFEE (*Free speech in the United States*, 1946, 35), num sistema democrático, que se funda sobre o princípio da liberdade de todos manifestarem a própria opinião sobre qualquer assunto, proíbe-se apenas criar situações em que a liberdade seja suprimida.

Em conseqüência, são proibidas apenas as *formas ativantes* da manifestação do pensamento, ou seja, as teleologicamente orientadas no sentido de suscitar nos destinatários comportamentos que modifiquem a realidade, enquanto revistam determinados conteúdos negativos do sistema democrático como tal (NUVOLONE, "Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento", no vol. *Legge penale e libertà del pensiero*, 1966, 53).

A lei de segurança nacional deve ajustar-se a uma visão democrática desses delitos, abandonando a inspiração autoritária que a caracteriza.

Os crimes contra a segurança nacional cometidos através da imprensa devem voltar à lei de imprensa, onde eles sempre estiveram. A previsão de tais crimes na lei de segurança nacional apenas serve para aterrorizar e constranger jornalistas, como a experiência revelou, comprometendo o interesse democrático fundamental da liberdade de imprensa.

18. Nos crimes contra a honra (arts. 21, 34, 36), somente tem sentido manter na lei a disposição geral do art. 34 (ofender moralmente quem exerça autoridade, por motivos de facciosismo ou inconformismo político-social), sendo prevista pena mínima de 3 meses e, máxima, de 2 anos. Não há ofensa subversiva sem o propósito subversivo. O Superior Tribunal Militar, acertadamente, repeliu todas as tentativas no sentido de enquadrar na lei de segurança nacional ofensas a autoridades que nada tinham a ver com a segurança do Estado.

19. O dispositivo sobre incitação (art. 39) nunca foi aplicado, não só pelas penas aberrantes, como já notamos, como também pela indeterminação do objeto da incitação: "incitar à subversão", "incitar à desobediência coletiva", "incitar ao ódio ou à discriminação social". Incriminações desse tipo devem passar, com penas leves, à lei de imprensa, que permite mais ampla justificação (art. 27). A incitação específica à prática de crimes contra a segurança nacional está prevista em fórmula autônoma, juntamente com a apologia (art. 47), e deve ser mantida, diminuindo-se a pena, que deve ser, no mínimo, de 6 meses de detenção.

Grave equívoco do Decreto-Lei nº 898 é a previsão de condições de maior punibilidade, conforme o resultado da incitação, de tal forma que, só pelo fato de a haver praticado, pode o agente sofrer penas de reclusão de 15 a 30 anos, e, inclusive, a pena de morte (art. 39, §§ 1º e 2º). Na incitação ao crime, o autor da incitação responde pelo crime que vier a ser praticado pelo destinatário da incitação, e não tem sentido prever tais condições de maior punibilidade, com penas que se tornam absurdas para a forma culposa.

20. A incriminação da propaganda também exige revisão completa. A propaganda prevista na lei de segurança nacional é sempre e necessariamente propaganda *subversiva*, ou seja, manifestação do pensamento tendente a conduzir os destinatários da mensagem a convencimento que leve à prática de determinada ação perigosa para a segurança do Estado. O parágrafo único do art. 45 não tem sentido, a não ser como evento de dano ("atentado contra a segurança nacional").

O Decreto-Lei nº 314 (art. 38, IV), de forma extremamente defeituosa, afirmava constituir propaganda subversiva o comício, o desfile ou a passeata, fórmula mantida pelo Decreto-Lei nº 510. É evidente que o comício, a reunião pública, o desfile e a passeata, por si sós, não poderiam jamais constituir crime algum, e, muito menos, crime contra a segurança do Estado.

O que constitui propaganda subversiva, como parece óbvio, não é o comício, nem a reunião pública ou o desfile e a passeata, mas sim o que for dito ou apresentado (em cartazes ou faixas) nos comícios ou reuniões públicas, nos desfiles ou passeatas não autorizadas, pois o crime é de *propaganda sub-*

versiva. Não pode haver propaganda punível na simples reunião de pessoas sem manifestação de idéias dirigida ao desenvolvimento de qualquer tipo de ação subversiva.

A fórmula da propaganda subversiva é, seguramente, uma das mais imperfeitas da lei: os locais, a modalidade do fato e as ocasiões são indiferentes para caracterizar o crime: a idéia de quem fez a lei, desastrosamente, parece ter sido a de incriminar o fato material do comício, reunião pública ou passeata *como propaganda*.

Realizar greve proibida (art. 45, IV) não é nem pode ser jamais propaganda subversiva. Não pode haver propaganda sem manifestação do pensamento. Isso pertence à natureza das coisas. A conduta típica, em consequência, só pode ser a realização de propaganda subversiva *por ocasião* de greve proibida.

A enumeração contida nos incisos II a VI do art. 45 deve ser eliminada. Eles jamais foram aplicados pela Justiça Militar.

Deve ser mantida apenas fórmula que defina, em termos de conduta delituosa, de forma geral, a propaganda subversiva. O inciso I do art. 45 tem de ser integralmente revisto pois não contém definição alguma: considera-se propaganda subversiva o emprego de certos meios de comunicação como veículos de propaganda. . . Não é possível utilizar os conceitos obscuros, exagerados e indeterminados de "guerra psicológica adversa" (a idéia de guerra já implica em contraposição de forças), "guerra revolucionária ou subversiva". A propaganda que se pretende evitar e que se pune é a que se destina a promover a sedição (no plano interno) ou o perigo para a segurança externa. A propaganda incriminada é, portanto, a de processos violentos para a subversão da ordem política ou social e a propaganda de guerra (art. 11, letras a e c, da Lei nº 1.802). O livro não pode ser jamais meio para a prática desse crime, como decidiu o STF ao tempo da Lei nº 1.802.

O crime previsto no art. 16 (divulgação subversiva) também deve passar à lei de imprensa, onde, aliás, já possui correspondente (art. 16 da Lei nº 5.250). As indeterminações da definição legal são aqui, provavelmente, as mais perigosas de toda a lei de segurança nacional.

21. Atenção especial merecem os crimes de organização subversiva (arts. 12, 14, 42 e 43). O art. 43, que é a figura básica, em péssima redação, traiu, mais uma vez, o redator do texto, que não parece ter sido jurista. As hipóteses a que se refere o artigo são as seguintes:

- a) — *reorganizar* ou *tentar reorganizar* partido ou associação dissolvidos por força de lei;
- b) — *reorganizar* ou *tentar reorganizar* partido ou associação que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional;
- c) — fazer funcionar partido ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou que exerçam atividades prejudiciais à segurança nacional, *quando legalmente suspensos*.

Percebe-se que a lei prevê apenas, nesta passagem, a insubordinação ao ato legal que dissolve ou suspende partido político ou associação que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, deixando na lei clara lacuna (pois o art. 14 só prevê a organização formada sob orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional). A incriminação pressupõe, segundo a lei, a anterior existência *legal* do partido ou associação.

O art. 43 tem, portanto, de ser reformulado (e simplificado). Não há necessidade de equiparar a tentativa ao crime consumado; toda tentativa é punível, segundo a regra geral e o juiz pode sempre graduar a pena dentro da escala prevista.

A mais importante observação sobre a matéria refere-se à necessidade de distinguir diversas categorias entre os que concorrem na organização. Sempre foi da tradição de nosso direito a punição mais branda da participação secundária (simples filiação), que se destaca nitidamente da conduta mais grave dos que promovem, organizam e dirigem a atividade dos demais.

O direito penal não é adequado à repressão de massas, como bem notou PEDRZZI, ao estudar os crimes relacionados com a greve (*“Lo sciopero nella legge penale”*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1963, 1066) e, por isso mesmo, a tendência do direito penal moderno é claramente a de reduzir aos *cabeças* ou aos principais autores, a punição de certos crimes coletivos pouco graves, que consistem na simples *preparação* de outros crimes.

A pena, em qualquer caso, deve ser leve, partindo de 6 meses de detenção, de modo a permitir a individualização nos casos menos graves, nos quais a simples iniciação do processo criminal constitui punição bastante. No Código Penal alemão vigente (§ 85), pune-se o crime de organização subversiva, inclusive com a pena de multa.

No crime previsto no art. 12, os agentes devem ser, no mínimo, mais de 3 (três). Dada a natureza dos delitos a que o artigo se reporta, não há organização realmente perigosa com o simples acordo de duas pessoas. A pena para os organizadores ou mantenedores, no caso do art. 14, deve ser o dobro da prevista para os demais (1 a 4 anos).

22. Os crimes relacionados com o terrorismo constituem um dos mais importantes aspectos da lei. Trata-se de criminalidade alarmante que vem preocupando hoje mais do que nunca os países democráticos e as organizações internacionais. Cumpre ter presente que a ameaça penal parece ser indiferente e que a prevenção desse fenômeno talvez resida na fiel manutenção de uma ordem social democrática que proporcione mais justa distribuição da riqueza. O direito penal tem papel secundário na prevenção do crime em geral. Essa observação parece ser ainda mais verdadeira em relação ao terrorismo. É necessário que o legislador resista à tentação de seguir o exemplo da irracionalidade, criando, por seu turno, um direito penal terrorista. As penas devem corresponder à gravidade do malefício.

A definição contida no art. 28 não discrepa da incompetência revelada em outras passagens: “devastar, saquear, assaltar, roubar, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo”. Percebe-se que o legislador empregou expressões que não têm significação técnico-jurídica: devastar, saquear, assaltar e depredar. Cogita-se aqui de crimes violentos contra o patrimônio, que são constituídos pelo dano, pelo roubo e a extorsão. *Ato de massacre* é homicídio (já previsto no art. 32). O atentado pessoal já está previsto no art. 33, e a sabotagem, no art. 11. A alusão indeterminada a *ato de terrorismo* viola o princípio da reserva legal.

Convém, pois, rever a definição legal, concentrando-a nas ações que caracterizam o terrorismo: a) causar incêndio, explosão, inundação ou desabamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; b) praticar roubo ou extorsão ou dano ao patrimônio de outrem; c) praticar seqüestro; d) apoderamento ilícito de aeronaves ou embarcações.

A referência ao *nomen juris* de crimes já previstos no direito penal comum dispensa a mais completa descrição do fato punível. Uma expressa referência ao fim de agir é recomendável. Como se diz num estudo preparado pelo secretariado da ONU, em 1972, “terrorism, as shown by the derivation of the word, involves the infliction of terror. The act must be such as to spread terror or alarm among a given population, or among broad groups of people” (no vol. *International terrorism and political crimes*, M. CHERIF BASSIOUNI, ed., Springfield, Charles C. Thomas, 1975, 6).

O atentado pessoal e o homicídio não devem estar previstos na mesma disposição, porque isto criará dúvida e perplexidade em face da previsão específica em outras passagens da lei. O resultado morte, no entanto, deve ser previsto como condição de maior punibilidade, embora a ampla escala penal e a gravidade da pena talvez o tornem dispensável.

23. O crime previsto no art. 27 (assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação) deve ser integralmente revisto. O roubo de estabelecimento de crédito por delinqüentes comuns é apenas crime contra o patrimônio e nada tem a ver com a segurança nacional. O roubo e a extorsão praticados não só contra estabelecimentos de crédito, mas contra qualquer pessoa física ou jurídica, com finalidade subversiva, será sempre crime contra a segurança nacional. A palavra “assalto” corresponde à linguagem jornalística e não tem significação técnica, como já assinalamos.

24. A pena do art. 32 (homicídio por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social) deve ser a do homicídio.

O crime previsto no art. 33 não deve ser definido como “exercer violência”, mas, sim, como “ofender a integridade corporal ou a saúde”, e a pena não pode ser, evidentemente, a de reclusão, de 8 a 15 anos, e, muito menos, a de 12 a 30 anos, prevista no § 1º para esse resultado. O resultado morte aqui (§ 2º) é *preterintencional* e a sua punição com as penas de prisão perpétua e de morte é aberrante.

Nesse mesmo art. 33 pode ser incluída a hipótese do crime praticado contra estrangeiro (como se fez no art. 32), eliminando-se o art. 37.

25. Em várias passagens, a lei de segurança nacional revela preocupação com a greve (arts. 38, 39, V; 40, 45, IV).

A incriminação da greve pacífica é sempre injustificável e não há como promover a responsabilidade penal dos grevistas. Esse tipo de incriminação destina-se apenas a justificar a violência da polícia contra trabalhadores. Os crimes previstos nos artigos 38 e 40 devem desaparecer da lei de segurança notadamente o último, em que transparece o propósito de dispensar a finalidade político-subversiva. A pena cominada ao primeiro (4 a 10 anos de reclusão) é aberrante. Não há juiz debaixo do sol capaz de condenar quem pratica greve pacífica a essa pena. Estranhamente, a greve pacífica de funcionários públicos (art. 40) é punida com 8 meses a um ano de detenção, sem que se entenda a falta de critério.

26. O art. 46 prevê diversos fatos puníveis relacionados com armas de fogo ou engenhos privativos das Forças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror. Trata-se de um crime de perigo que pode, no máximo, constituir ato preparatório de outro crime. A pena (5 a 10 anos de reclusão) é evidentemente imprópria, levando os tribunais a não aplicar o dispositivo. O emprego dos substantivos ("armas", "engenhos") no plural é fonte de dúvidas e de incertezas, que desapareceriam com a cominação de pena leve, adequada à natureza contravencional do fato.

27. A facilitação de fuga, prevista no art. 48 deve ser eliminada da lei, pois é fato que já está previsto, com a pena adequada, no Código Penal comum (art. 351). A pena prevista na lei de segurança (8 a 12 anos de reclusão, elevada para 12 a 24 anos, se houver emprego de violência) é inteiramente despropositada.

28. Entre as circunstâncias agravantes, deve ser eliminada a do art. 49, III, porque já prevista no Código Penal comum (art. 45, I), que é direito penal fundamental. A do art. 49, IV (ter sido o agente, em época anterior ao delito, atingido por sanção aplicada de acordo com os Atos Institucionais) deve ser eliminada.

29. A pena prevista para a tentativa (art. 50, parágrafo único) não precisa constar da lei, pois já está no Código Penal comum.

30. As regras sobre extinção da punibilidade (art. 52) devem ser eliminadas, sendo inútil a referência à morte do autor, que já consta do Código Penal comum.

Referindo-se à prescrição, não se esclareceu se se trata de prescrição da ação (pretensão punitiva) ou da condenação. Parece tratar-se da última, permanecendo a prescrição da ação regulada pelo Código Penal comum. Esse sistema é deplorável. Eliminadas as penas de morte e de prisão perpétua, não há porque tratar-se da prescrição, devendo prevalecer as regras já demasiadamente severas do direito penal comum.

31. O art. 53 trata do caso em que a responsabilidade penal pela propaganda subversiva recai sobre diretor ou responsável por jornal ou periódico, e permite que o juiz, *ao receber a denúncia*, imponha a suspensão da circulação deste por um prazo de até 30 dias. Permite, no mesmo caso, em se tratando de estação de radiodifusão ou televisão, que a suspensão seja imposta pelo Presidente do Conselho Nacional de Telecomunicações.

A disposição é, como se percebe, absurda. Em primeiro lugar porque permite ao juiz impor pena antes da decisão final. Em segundo lugar a pena, no caso, atinge terceiros (os proprietários e trabalhadores do jornal ou periódicos). Em terceiro lugar porque permite que a pena, no caso do rádio e da televisão, seja imposta por autoridade administrativa.

Trata-se de arma poderosa para neutralizar e intimidar a imprensa de oposição, já aplicada no passado contra o bravo jornal "Correio da Manhã". Sua constitucionalidade, particularmente a do parágrafo único, é mais do que duvidosa.

O art. 54 refere-se aos crimes de manifestação do pensamento praticados através da imprensa, rádio e televisão, e dá ao Ministro da Justiça o terrível poder de determinar a apreensão do jornal, periódico, livro ou qualquer outro impresso, e de suspender a sua impressão, circulação, distribuição ou venda. No caso de rádio e televisão, a medida de *suspensão do funcionamento* é executada pelo Ministro de Estado das Comunicações. São medidas que independem do recebimento da denúncia e, muito menos, de sentença condenatória. Trata-se de dispositivo profundamente antidemocrático, inadmissível num regime de liberdade.

Em caso de reincidência (art. 54, parágrafo único), o registro da pessoa jurídica pode ser cancelado por ordem do Ministro da Justiça.

O art. 55 (a responsabilidade penal pela propaganda subversiva independe da civil e não exclui as decorrentes de outros crimes, na forma deste decreto-lei ou de outras leis) estabelece regra inútil na primeira parte. A segunda parte relaciona-se, de forma profundamente injusta (determinando o concurso material), com o sistema defeituoso adotado pelo decreto-lei para a propaganda subversiva, cuja revisão nos parece imprescindível.

— IV —

32. O Decreto-Lei nº 898 contém regras especiais sobre o processo e julgamento dos crimes contra a segurança nacional. A experiência de aplicação dessa lei no lapso de tempo já longo de sua vigência revela que as questões mais importantes na perspectiva processual são as da eliminação da tortura, na fase do inquérito, e a da igualdade das partes, na fase judicial. A tortura causa dano moral inestimável a nosso País e é praticamente inevitável num regime autoritário, em que não há segurança jurídica. Para que cesse a tortura é necessário que desapareça a mística da segurança nacional e que o Brasil retorne à ansiada normalidade democrática, que inspirou o movimento militar de 1964.

Algumas medidas podem, no entanto, ser desde logo reclamadas. A primeira e mais importante é a do retorno do *habeas corpus* em sua plenitude, sem restrições. Suspender o *habeas corpus* é autorizar a ilegalidade, e, pois, o arbítrio e a brutalidade policial: o *habeas corpus* destina-se apenas a remover a prisão decorrente de ilegalidade ou abuso de poder e sua suspensão é profundamente imoral, pois significa autorizar e consentir a ilegalidade.

A segunda medida relaciona-se com a incomunicabilidade, pois é durante esses 10 dias de incomunicabilidade (art. 59, § 1º) que ocorre a tortura. Os advogados sempre entenderam que essa incomunicabilidade não os alcança, pois em relação a eles existe lei especial que lhes permite avistar-se, pessoal e reservadamente, com o cliente preso, *mesmo incomunicável*, sem restrições (art. 89, III, da Lei nº 4.215). Não têm conseguido, no entanto, que esse direito seja reconhecido.

Conviria, portanto, deixar claro que a incomunicabilidade não exclui a comunicação com os advogados.

Por outro lado, seria recomendável reduzir o prazo da incomunicabilidade para três ou cinco dias, bem como introduzir um texto expresse permitindo que o preso incomunicável seja visitado diariamente por médico designado pela família. A autorização para a visita poderia ser concedida por qualquer Auditor competente no lugar da prisão, despachando, independentemente de distribuição, *requerimento do interessado*, e expedindo o respectivo ofício em 24 horas.

Nesse sentido já houve projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados.

33. A prisão cautelar do art. 59 só pode ser imposta pelo encarregado do inquérito (policial-militar). Essa prisão vem sendo também imposta pelos delegados da polícia política estadual e pelos inspetores da polícia federal, em flagrante ilegalidade, que a suspensão do *habeas corpus* não permite reparar. Para evitar qualquer dúvida, conviria esclarecer que o inquérito, a que alude o art. 59, é apenas o policial-militar.

34. São inteiramente inúteis as disposições do art. 57 (o foro especial estabelecido neste decreto-lei prevalecerá sobre qualquer outro, ainda que os crimes tenham sido cometidos por meio de imprensa, radiodifusão ou de televisão) e do art. 61 (poderão ser instaurados individual ou coletivamente os processos contra os infratores de qualquer dos dispositivos deste decreto-lei), revelando a incompetência dos autores da lei.

35. As disposições sobre a prova testemunhal exigem completa revisão, pois o sistema em vigor viola o princípio da isonomia das partes no processo penal, sendo de clamorosa inconstitucionalidade. As testemunhas arroladas pela defesa e as arroladas pelo Ministério Público têm de ser em igual número, e têm de estar submetidas ao mesmo regime de intimação. O art. 66 tem de ser *integralmente reformulado*, cancelando-se a regra odiosa de seu parágrafo único, segundo a qual se entende como desistência a não apresentação das testemunhas de defesa.

36. O parágrafo único do art. 70 deve ser revogado. É absolutamente impossível realizar a defesa com eficiência no prazo de 30 minutos. Em qualquer caso, a defesa deve ter o prazo de uma hora.

Convém lembrar que a defesa é interesse do Estado. É importante para a realização da justiça que o acusado possa se defender com eficiência, para afastar o erro judiciário.

37. As regras sobre a sentença (art. 72) exigem também completa revisão, pois a interpretação que vem prevalecendo é inaceitável, violando o princípio *iura novit curia*. O órgão julgador pode sempre dar ao fato nova definição jurídica, desde que corresponda à narração constante da denúncia. Devem ser aplicáveis as normas que, a respeito, vigoram no direito processual penal comum. Constitui rematado absurdo supor que o Ministério Público pode impor limites ao Juiz no julgamento do fato.

38. O recurso de ofício, previsto no art. 73, para os casos de rejeição da denúncia e de sentença absolutória deve, igualmente, ser eliminado. O recurso deve ser sempre, por sua própria natureza, voluntário: através dele, a parte, inconformada com a decisão, invoca o órgão da instância superior, pedindo-lhe uma nova decisão. Não se concebe que o Ministério Público, que é órgão do Estado-Administração, seja obrigado a recorrer de decisão que, a seu ver, fez justiça e com a qual está de acordo. O recurso *ex officio* constitui clara anomalia no sistema contraditório, como assinalam todos os processualistas.

39. Não há por que negar a suspensão condicional da pena, como determina a lei vigente (art. 75). Trata-se de importante medida de política criminal que o Juiz deve aplicar em todos os casos em que julgar que a execução efetiva da pena é desnecessária. Um processo por crime contra a segurança nacional traz consigo amplo cortejo de constrangimentos e vexames, justificando plenamente a penetrante observação de CARNELUTTI, segundo a qual o processo é em si mesmo pena inevitável. O *sursis* não constitui garantia de impunibilidade, mas sim suspensão probatória da execução, que será revogada se não forem cumpridas as condições impostas ao condenado. A exclusão do *sursis* apenas serve para tornar a lei de segurança nacional desnecessariamente dura, numa época em que se advoga a ampliação das medidas destinadas a evitar o encarceramento de réus primários e de bons antecedentes, inclusive com a concessão do *sursis* por segunda vez.

A lei de segurança nacional devia prever a suspensão condicional da pena para os condenados a penas reduzidas, cuja execução constitui um dos inconvenientes mais constantemente assinalados pelos estudiosos da matéria.

40. O capítulo que regula o processo dos crimes punidos com as penas de morte e de prisão perpétua deveria ser integralmente eliminado, com o desaparecimento dessas penas.

Particularmente deploráveis, nesta parte da lei, são as disposições sobre a denúncia (admitindo narração "sucinta" dos fatos, art. 82, *b*); a nomeação dos juizes que deverão compor o Conselho de Justiça (art. 84) e a regra sobre a separação e regime especial para os condenados a prisão perpétua (art. 105).

Considerações sobre
a perempção da ação penal pública
e a respeito da prisão e liberdade no
futuro Código de Processo Penal

GILBERTO NIEDERAUER CORRÊA

Perempção da ação penal pública

O Projeto nº 5/78 do Senado Federal, que institui novo Código de Processo Penal para o Brasil, contempla, sob o *nomen iuris* de *perempção da ação penal pública*, a possibilidade de o denunciado, uma única

vez e sem lhe retirar a condição de primário, pleitear, em sua defesa preliminar, o arquivamento do processo mediante o pagamento de multa fixada pelo Juiz penal respectivo.

Considero boa a inovação, como já tive oportunidade de referir em outras oportunidades.

Como a pretensão é deduzida na defesa do acusado, tem ele a necessária assistência de defensor habilitado.

Há, todavia, uma série de questões que precisam ser respondidas.

Quando é possível pleitear-se o trancamento da ação penal mediante o pagamento de multa? Só por ocasião da defesa preliminar ou seria recomendável permitir-se, também, ao condenado, para frustrar a execução de pena restritiva de liberdade?

Tal como está no projeto, caberá tal pretensão nas hipóteses de infração penal punida com multa? Ou também, quando esta puder ser a única imposta, embora outras sejam cominadas? E quando há previsão de pena de multa cumulada com pena restritiva de liberdade, ainda assim será viável a pretensão?

Quando a figura típica não contemplar senão pena restritiva de liberdade, será cabível o benefício? Neste caso, idêntico será o resultado se a pena for de prisão simples, detenção ou reclusão?

Supostas afirmativas as duas últimas respostas, há limite quantitativo de pena, a partir do qual será inadmissível a pretensão?

Dependendo das respostas obtidas, ter-se-á concedido ao Juízo penal uma limitada ou ilimitada possibilidade de conversão de penas restritivas de liberdade cominadas, em penas pecuniárias.

É necessário estabelecer-se, então, que condições e que critérios deverão ser observados para realizar tal conversão.

Quem não possuir capacidade financeira, mas for o único "demérito" em relação ao economicamente forte, poderá obter o benefício? Será dispensado do pagamento ou este poderá ser parcelado ou exigível enquanto não prescrito o crédito?

A ausência de resposta a indagações como as acima formuladas poderão, pelas perplexidades que geram, impedir a efetiva aplicação das normas processuais pertinentes. Tanto basta, a meu ver, aconselhar seja

a *perempção da ação penal pública* incluída no temário do próximo Congresso Nacional de Ciências Penais.

Prisão e liberdade

Assunto dos mais apaixonantes no campo do Direito Processual Penal e onde com maior fragor se debatem os critérios de segurança individual e segurança social é, sem dúvida, o que diz com a prisão e liberdade cautelares.

O Projeto nº 5, de 1978, do Senado Federal (nº 633-B/75, da Câmara dos Deputados) preocupou-se com a questão, trazendo várias inovações em relação à situação vigente.

No que concerne às medidas restritivas de liberdade, o projeto consagra: 1) a prisão em flagrante; 2) a prisão preventiva; 3) a prisão domiciliar; 4) a prisão temporária; 5) a prisão durante o procedimento do recurso, e 6) a prisão por efeito de pronúncia.

No pertinente à contracautela, o projeto consagra a liberdade provisória com e sem fiança.

Temas deste quilate, sem dúvida, não podem deixar de ser tratados no VI Congresso Nacional de Ciências Penais.

Será conveniente, como o faz o projeto, silenciar, por inteiro, sobre a regra constitucional que determina a imediata comunicação de detenção, de qualquer pessoa, à autoridade judiciária competente? Ou será oportuno ratificar tal comando, estatuidando deva ser acompanhado de cópia autêntica do auto de prisão em flagrante, apto a permitir à autoridade judiciária que examine a detenção, formal e materialmente, relaxando-a, quando ilegal, ou homologando-a, mas libertando o detido, quando desnecessária a prisão?

Não seria, por igual, conveniente estabelecer regra impondo à autoridade, que presidisse lavratura de auto de prisão em flagrante, o dever de comunicar a prisão à pessoa da família ou ao advogado que o detido indicasse, o que deveria ser efetuado dentro de determinado prazo?

Note-se que, na forma prescrita no parágrafo único do artigo 495, a fiança, em certas infrações, deverá ser requerida à autoridade judicial. Ora, em grande número de situações, porque não encontra facilidades de entrar em contato, quer com o advogado, quer com a família, o

detido vê postergada a fruição de faculdades que lhe permitiriam um imediato retorno ao estado de liberdade.

Não seria, igualmente, de toda a conveniência, quiçá mais importante e mais eficaz que a medida consignada no art. 196, § 3º, o estabelecimento do dever de o diretor do presídio ou de casa de recolhimento comunicar à autoridade judiciária, no prazo de 24 horas, todo recolhimento efetuado sem ordem judicial prévia?

Terá sido acertado o expurgo, efetuado na Câmara dos Deputados, de regra que impunha, ao menos a cada 60 dias, se manifestasse o Juízo, fundamentalmente, ratificando a necessidade de ser mantida a prisão preventiva ou decorrente do flagrante, em que se encontra o acusado?

E a prisão temporária? É conveniente sua manutenção?

Não é necessário ampliar as hipóteses de prisão domiciliar, quando mais não seja, para alcançar os que têm direito a prisão especial?

No que se relaciona com a prisão durante o procedimento do recurso — que, penso, melhor seria se decorrente de sentença condenatória não trântita em julgado, — seja do Juiz singular, seja do Júri, não seria conveniente unificar o tratamento para estabelecer, como regra, que réu primário e de bons antecedentes, processado e condenado por crime afiançável, ou processado por crime inafiançável e condenado por crime afiançável, tem direito a permanecer em liberdade até o trântito em julgado, com ou sem fiança, a critério do Juiz? Que o réu não primário, nas mesmas condições, somente permanecerá solto mediante fiança? Que o réu foragido, revel ou reincidente, não tem direito a aguardar em liberdade o trântito em julgado, da sentença condenatória, salvo se a única pena imposta tiver sido a de multa?

Que o processado e condenado por crime inafiançável não tem direito a permanecer em liberdade?

Mas tem direito a ser imediatamente posto em liberdade aquele que for absolvido, ainda que o tenha sido pelo Júri e por maioria?

Ante a relevância de indagações como as formuladas, propiciadoras de respostas em função das quais a liberdade individual poderá estar mais ou menos assegurada, é que se propõe a inclusão das medidas cautelares restritivas de liberdade e das medidas de contracautela de defesa da liberdade, no temário do próximo Congresso Nacional de Ciências Penais.

Período inicial do cumprimento das
penas privativas de liberdade
no regime fechado,
à luz do direito positivo
e do direito a constituir.

LUIZ CHEMIM GUIMARÃES

A fundamental importância da execução das penas privativas de liberdade, com suas implicações e dificuldades de toda ordem, que comumente vem rotulando a prisão como sendo a “universidade do crime com reincidentes como mestres e o registro judiciário como diploma”, na expressão de HENRI F. ELLENBERGER (“Reflexões sobre o estudo científico da prisão”, **Revista Ciência Penal**, nº 2, pág. 17), motivou a impaciência do governo e do legislador, que se adiantaram à vigência do Código

Penal de 69, com a edição da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, através da qual foi alterado o regime penitenciário no País.

A nova lei, de forma acentuada, minimizou as hipóteses de encarceramento de condenados (regime fechado), ficando este reservado aos considerados perigosos e àqueles, cuja pena ultrapasse oito anos de duração, bem como aos que retornarem de outros regimes mais suaves (semi-aberto e aberto).

2. O sistema penitenciário brasileiro ainda guarda características do estilo progressivo, sobretudo no que respeita ao regime fechado e à pena de reclusão, cuja execução se inicia consoante dispõe a nova redação do art. 30, **caput**, do Código Penal. Esta norma, entronizada pela Lei nº 6.416, embora em sua essência seja sensivelmente superior à anterior, comporta crítica referente à sua construção, além de outras, de natureza doutrinária, adiante enunciadas.

3. Quando o Poder Executivo, em março de 1977, enviou ao Congresso Nacional a mensagem propondo a reforma de vários dispositivos da legislação penal, não fez constar do projeto, na parte alusiva ao Código Penal, qualquer modificação ao art. 30, **caput**. Entretanto, e em razão do sempre combatido isolamento celular diuturno ali previsto, ao lado da inexistência expressa de qual a real finalidade deste estágio da execução da pena de reclusão, o Poder Legislativo, aproveitando em parte as sugestões da Associação dos Advogados de São Paulo, levadas pelo Senador Franco Montoro, emprestou à cabeça do artigo redação que o transformou profundamente.

Com efeito, a antiga redação do artigo em exame estava assim lançada:

"No período inicial do cumprimento da pena de reclusão, se o permitem as suas condições pessoais, fica o recluso também sujeito a isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses."

A atual, trazida pela Lei nº 6.416, aparece com a seguinte disposição:

"O período inicial, do cumprimento da pena privativa de liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade."

Assim, enquanto o antigo art. 30, **caput**, dispunha de forma mais enxuta sobre o período inicial do cumprimento da pena de **reclusão**, o atual alude, **tout court**, ao período inicial de cumprimento da pena **privativa de liberdade**, sugerindo, à primeira vista, que tanto a reclusão, quanto a detenção estão por ele abrangidas. Num desacerto de redação, logo a se-

guir, o texto refere que a norma se aplica tão-somente ao recluso, advertência essa reforçada pelo art. 31, parágrafo único, que exclui o detento desta etapa penitenciária. Por meridiana evidência, melhor seria que o novo dispositivo, como constava no antigo, fizesse menção apenas ao período inicial do cumprimento da pena de reclusão, e não genericamente da privativa de liberdade.

4. Como se constata, o primeiro momento da execução da pena de reclusão em regime fechado, em que pese ao defeito de redação mencionado, melhorou sensivelmente. Melhorou porque deixa o isolamento celular como medida facultativa, e não mais obrigatória, e ainda por dispor sobre a necessidade de o recluso exercer atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade. Esta, enfim, a justificativa para a existência do primeiro estágio da pena de reclusão no regime fechado.

5. A providência não colide, necessariamente, com os arts. 42, 49, 57 e 77 do Código Penal, que exigem do juiz o conhecimento da personalidade do acusado para a fixação da pena e para a verificação da periculosidade real. Claro é que pesquisando os antecedentes pessoais do réu — sem desprezo, se possível, da sua posição familiar e social — sob os aspectos físico, moral, psíquico e ambiental, bem como os motivos determinantes da infração e as circunstâncias em que esta foi cometida, obterá o juiz os dados que revelarão a personalidade do réu, para efeito de aplicação da pena e/ou imposição de medida de segurança. O exame biopsicossocial, que objetiva completar o conhecimento da personalidade do condenado através de atividades por este executadas, servirá para orientar a classificação e individualização da execução da pena, conforme acentuou o Deputado Federal IBRAHIM ABI-ACKEL, Relator do Projeto de Lei nº 2/77, origem da Lei nº 6.416/77, esclarecendo que “essa observação do recluso far-se-á através das atividades aconselhadas pela pedagogia penitenciária — exame criminológico, atividades educativas, sessões coletivas de educação física — sob o método e a disciplina que lhe impuser a legislação local, para tanto investida da competência residual que lhe foi reservada pelo § 6º do art. 30” (Pareceres, Congresso Nacional, 1977, págs. 11 e 12).

O apenado, pois, será estudado em todos os aspectos estruturais, funcionais e racionais, a fim de ser dissecada sua personalidade, com intensidade ainda maior que no momento judicial.

A providência não é nenhuma novidade, posto que ao tempo de LACASSAGNE, na alvorada da criminologia, já se defendia a necessidade de exame médico-psicológico-social dos criminosos, tendo sido enfatizada sua conveniência, por LOMBROSO, no Congresso Internacional Penitenciário de São Petesburgo, em 1890. Com efeito, conforme notícia FERRI (Princípios, pág. 307), no campo carcerário o estudo fisiopsíquico da personalidade do delinqüente começou a organizar-se por meio dos “Laboratórios de Antropologia Penitenciária”, instituídos na Bélgica (dirigidos por VERWAECK), e com o “Observatório de Psicologia Criminal”,

criado na Prisão Judicial de Regina Coeli, em Roma (dirigido por DI TULLIO); e o Congresso Penitenciário Internacional de Londres (agosto de 1925) expressava o voto de que "é necessário que todos os presos, processados e condenados, sejam submetidos a exame físico e mental por médicos especializados, e que em todo estabelecimento penal estabeleçam-se laboratórios para esse fim. Tal sistema contribuirá para a determinação das causas biológicas e sociais da delinquência e para precisar o tratamento adequado de cada criminoso".

6. O ponto de apoio de tão importante atividade reside mesmo na aferição completa da personalidade do condenado.

O que se salienta na personalidade adulta é a capacidade de adaptação e de resistência às contrariedades da luta pela vida, no dizer de E. MIRA y LOPES (*Manual de Psicologia Jurídica*, pág. 61). A adaptação, ensina ERICH FROMM (*O medo à liberdade*, pág. 23), pode ser estática ou dinâmica. Pela primeira o ajustamento a certos padrões não modifica o caráter, uma vez que o indivíduo, simplesmente, se atrela a novos hábitos, como usar terno e gravata, e. g., por exigência de um recém e disputado emprego, sem antes tê-lo feito costumeiramente. A adaptação dinâmica faz com que o indivíduo, à medida em que se enquadra às necessidades do momento, sofra modificação em seu íntimo. Por exemplo, a submissão de alguém aos rigores das ordens emanadas de uma autoridade, cria naquele hostilidade contra esta, embora de modo reprimido. Tal hostilidade, conquanto não seja exteriorizada, é fator dinâmico de sua estrutura de caráter, podendo gerar a ansiedade e levar à rebeldia, não somente contra a autoridade em particular, mas contra a vida em geral. Apesar da pessoa, também neste caso, adaptar-se a certas condições externas, esta modalidade de acomodação desperta nela novas reações e novas ansiedades. Toda neurose é exemplo dessa adaptação dinâmica. Isso tudo pode ocorrer na vida carcerária, a menos que se ministre, mesmo que o seja sem sucesso absoluto, mas com algum sucesso, a terapêutica antes referida e objetivadora da reeducação do condenado.

7. A verificação da qualidade da pessoa pelo conhecimento da personalidade, ou seja, o estudo da unidade humana, deve ser desenvolvido na medida em que esta possa ser considerada e perspectivada em suas relações com o meio natural e social em que vive. A percepção dos elementos que se apresentam como próprios à determinada pessoa, constituindo, assim, um **indivíduo**, que física, fisiológica e psiquicamente se diferencia de outro, como se nota, é tarefa árdua.

A personalidade, na proporção em que sugere o sentido de individualidade, afastando a idéia de generalidade, por outro lado, muito melhor será diagnosticada através do relacionamento do paciente com outras pessoas, como é da natureza das coisas.

É com assento nestas exigências que se justifica a imperiosa necessidade de abolição total do isolamento celular diuturno, como sendo a

primeira fase do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, que se propõe como **jus condendum**. Enquanto tal não acontecer, recomenda-se a sua não aplicabilidade, em relação ao recluso, como permite o **jus positum**.

8. A providência, não é demais ressaltar, não retirará nem desagregará a inafastável essência ético-retributiva das penas privativas de liberdade, que continuarão, enquanto existirem, com suas funções expiatória ou repressiva, mas também finalística ou preventiva, no dizer de HUNGRIA (**Comentários**, vol. I, pág. 197). Ademais, e servindo-se do magistério de HENRIQUE CURY (“Contribuição ao estudo da pena”, **Revista de Direito Penal**, vol. 11/12, pág. 28), se “a privação da liberdade não é o único nem o mais educativo dos males que se pode impor ao delinqüente”, muito menos o será a “*privação da liberdade*” dentro da própria prisão. Assim como a sede leva à morte, a solidão e o isolamento levam à desintegração mental. Não se pode, com segurança e precisão, completar o conhecimento da personalidade de alguém, mantendo-o isolado e fechado na cela, mesmo que se cometam a ele restritas atividades auxiliaadoras de tal mister. Neste particular, conforme adverte BASILEU GARCIA (**As modificações trazidas à legislação penal pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, pág. 7**), “é por demais restrito o campo das atividades que permitam completar o conhecimento da personalidade do preso isolado numa cela. Em tal circunstância, haverá preponderante motivo para não lhe ser imposto o isolamento, a que, com licença do legislador, tanto pode ser como não ser submetido”.

Não há negar, como sublinha o mestre paulista e expressamente consta no art. 30, **caput**, que o isolamento celular é facultativo, ao contrário da norma anterior que o considerava obrigatório, a menos que as condições pessoais do recluso não o permitissem. Esta ressalva, porém, não consta na lei atual, o que pode deixar o aplicador com liberdade na inteligência do texto, no sentido da escolha pertinente à sujeição, ou não, do recluso ao isolamento celular contínuo, segundo juízo de necessidade da medida.

9. O avanço legislativo em não tornar obrigatória a clausura diurna é digno de elogios. Porém, sob outro prisma, a timidez legislativa em não ter acabado de vez com o isolamento celular — como consta no art. 38, § 2º, do Código Penal de 69 — preferindo deixá-lo como facultativo, merece censura.

Com efeito, não soube o legislador aproveitar integralmente a contribuição exibida pela Associação dos Advogados de São Paulo sobre o tema, que sugeria fosse a redação do art. 30 substituída pela seguinte:

“No período inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, o condenado será submetido a exame biopsicossocial, para fins de classificação e individualização da execução.”

O Congresso Nacional, não obstante, mitigou apenas em parte o nocivo e intolerável expediente do confinamento celular contínuo, quando o deveria ter expungido por completo.

10. A disposição mantida, embora com aplicação não impositiva, possui "fundo místico, com larga conotação religiosa, mas que não tem, face aos progressos da psicoterapia, inclusive psicoterapia de grupo, condições de validade", como esclareceu RENÉ DOTTI, perante a CPI do Sistema Penitenciário (**Diário do Congresso Nacional**, de 4-6-76, pág. 238).

A continuidade diuturna do isolamento do condenado sempre sofreu críticas, como, por todas, a de FERRI, consubstanciada na famosa frase: "O isolamento celular contínuo é uma das aberrações do século XIX" (**apud** ROBERTO LYRA, **Comentários**, vol. II, págs. 107/108). Deveras, ela pode produzir a loucura, o desespero e a apatia no preso, não devendo persistir na legislação penal, nem mesmo como eventualmente aplicável. Se em casos excepcionais de periculosidade for indispensável o confinamento celular, deve-se aplicá-lo, conforme previr o regulamento prisional, nos termos do art. 32 do Código Penal, como medida disciplinar, mas nunca à guisa de programa inicial de cumprimento da pena.

11. O conhecimento complementar da personalidade do condenado, visando à classificação e individualização executória da pena, deve ser obtido estando aquele integrado e participando da vida em comum do estabelecimento, porque só assim se poderá verificar a sua qualidade individual, afastada que ficará a solidão da cela. Ao lado das necessidades fisiológicas imperativas da natureza humana, há outra parte, tão importante quanto aquela, representada pela inevitável necessidade de relacionamento com o mundo exterior, para se evitar, assim, o insulamento.

Dentre os fatores patogênicos, que conduzem ao desmoronamento da personalidade do preso, sobressai-se o isolamento celular contínuo, pela inevitável solidão que lhe é imposta. Evita-se esse mal, propiciando-se, desde o início do cumprimento da pena, o contato do indivíduo com o grupo, pela adoção de terapêuticas, que visem a substituir a subcultura carcerária, investindo-se no tratamento da personalidade dos presidiários, por meio de métodos individuais e coletivos, no ensinamento de ELLENBERGER ("O emprego da Criminologia Clínica, nas instituições fechadas de tratamento, na América do Norte", **Ciência Penal** nº 4, pág. 30).

Ademais, a convivência entre os condenados, o afastamento da prisão dentro da prisão — que é o isolamento celular — sempre é aconselhável, qualquer que seja o grau de subcultura do cárcere, pois, como enfatiza ERICH FROMM (ob. cit., pág. 27), "o tipo de relacionamento com

o mundo pode ser nobre ou fútil, mas mesmo estar relacionado com o mais abjeto tipo de padrão é imensamente preferível a estar sozinho. A religião e o nacionalismo, assim como qualquer costume e qualquer crença, por mais absurdos e degradantes que sejam, desde que liguem o indivíduo a outros, são refúgios contra aquilo que o homem mais teme: o isolamento”.

12. A reforma pretendida, destarte, fará desaparecer a única diferença até então existente entre reclusão e detenção, para efeitos penais, qual seja, a eventualidade do isolamento celular durante o dia, como primeira fase da execução da pena de reclusão. Continuarão vigorando, porém, as inúmeras diversidades entre ambas, no campo do processo penal. Assim, por exemplo, na concessão da fiança, que em regra cabe nos crimes apenados com detenção, mas não incide nos crimes sancionados com reclusão, a menos que esta não seja superior a dois anos, como estabelece o art. 323 e incisos do Código de Processo Penal vigente e prevêem os arts. 495 e 500, parágrafo único, do Projeto de CPP, assim como na determinação do procedimento sumário, *ex vi* do art. 539 do CPP e art. 624 do Projeto de CPP.

Melhor seria, como tantas vezes proclamado, que da legislação penal fosse expungido o sistema de dupla pena privativa de liberdade (reclusão e detenção) para os crimes, posição que o Código de 69, lamentavelmente, não esposa, porque “as múltiplas conseqüências dessa distinção, inclusive em matéria processual, desaconselhavam a unificação das penas privativas de liberdade” (Exposição de Motivos, nº 19).

Em verdade, é salutar que se repita, ainda uma vez mais, ser velha aspiração da melhor doutrina penal a unificação dessas penas, pois, de acordo com o ensinamento de HELENO FRAGOSO (“Pena e Culpa”, in **Revista Ciência Penal**, vol. 1, pág. 5), “os países, cuja legislação previa uma pluralidade de penas privativas de liberdade, em geral nenhuma distinção faziam quanto à execução entre uma e outra espécie de pena. (É o caso do Brasil, onde jamais se distinguiu entre os condenados à reclusão e detenção. Na Inglaterra, que unificou as penas privativas de liberdade com o **Criminal Justice Act** (1948), nunca se fez a separação entre os condenados às penas de diversas espécies que previa o velho **Prevention of Crime Act**, de 1908) e isto porque a experiência penitenciária demonstrou que os presos devem ser classificados segundo a sua personalidade, e não conforme a pena que lhes tenha sido imposta”.

O movimento de unificação das penas privativas de liberdade começou em 1830, com CHARLES LUCA (PINATEL, **Traité élémentaire de Science Pénitentiaire et de Défense Sociale**, pág. 81), tendo continuidade nos Congressos de Londres (1872), Estocolmo (1878), Paris (1895), e Praga (1930). Ultimamente, a Comissão Internacional Penal e Penitenciária, em 1951, propugnou a substituição das penas privativas de liberdade por nova medida que responda às necessidades de individualização da

pena, conforme revela EUGENIO CUELLO CALÓN (*La moderna penología*, tomo I, págs. 278 e 279). Dando aplicação a tais recomendações, vários países unificaram as penas privativas de liberdade, como a Holanda (Código Penal de 1881), Noruega, Dinamarca, Inglaterra (*Criminal Justice Act*, 1948), Escócia (1949), Chipre (1952), Portugal (1963), Nova Zelândia (1954), México, Costa Rica, Porto Rico e Paraguai, entre outros (CALÓN, ob. cit., pág. 282), enquanto no Brasil foram aprovadas proposições de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO e RENÉ ARIEL DOTTI, nesse sentido, respectivamente, nos III e IV Congressos de Direito Penal e Ciências Afins (1968 e 1970).

13. A execução das penas de reclusão e de detenção, realmente, obedece a idênticos critérios, ficando seus destinatários, na prática, sujeitos à classificação ditada pela personalidade de cada qual e não pela qualidade da respectiva pena. Não se tem neste País notícia da existência de penitenciária só para detentos, presos simples ou reclusos, como utopicamente prevê o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 3.274, de 2-10-57, ou mesmo de algum estabelecimento penal ter cumprido o disposto no artigo 31 (1ª parte) do Código Penal. Vale dizer, separar, no curso da execução, os condenados às penas de reclusão e de detenção.

Nessa ótica, e estando o condenado à pena de detenção também sujeito ao regime fechado — não pela quantidade de pena, que no Código vigente não atinge mais de seis anos de duração, mas quando for considerado perigoso (ou retornar dos demais regimes por motivos de suspensão ou revogação dos benefícios pertinentes) — não se vê a razão de não estar também ele sujeito à verificação complementar de sua personalidade, como ocorre com o recluso. É evidente que se o detento não está sujeito à faculdade do isolamento celular, como diz a parte final do art. 31, não está também, por outro lado, isento de observação, com vista ao complementar conhecimento de sua personalidade, mormente quando o parágrafo único do art. 31 estabelece que a ele se aplica o disposto nos parágrafos do art. 30. Aliás, o legislador de 1977 não rendeu homenagem à uniformidade terminológica, preferindo aludir ora ao **recluso** (art. 30 e §§ 1º e 3º), ora ao **condenado** (o § 1º do art. 29 fala em **sentenciado**), o quanto lhe obrigou a modificar o texto do parágrafo único do art. 31, para deixar expresso que ao detento também recaem as diretrizes do sistema penitenciário.

Verifica-se, destarte, que à luz da lei vigente a execução da pena de detenção em regime fechado tem início com o trabalho em comum do condenado, conforme o § 1º do art. 30, sendo nesta oportunidade realizado o seu exame biopsicossocial.

14. Não obstante, será melhor que, com a eliminação total do isolamento celular, seja aplicável o art. 30 também ao detento, por conveniência evidente, no que tange à colheita de dados informadores de sua personalidade com vista à perfeita classificação e individualização. A modificação é sugerida **de jure constituendo**, como critério de política

criminal. É que a política criminal, de acordo com GRISPGNI, tem por conteúdo a crítica e a reforma das leis em vigor. Quando aprecia minuciosamente os institutos jurídicos existentes, diz-se que a política criminal é crítica. Batalhando pela sua modificação, aperfeiçoamento ou extinção, desempenha papel de reforma. Ou, como a define J. ONTON ONECA (**Derecho Penal**, vol. I, pág. 42, *apud* J. F. MARQUES, **Tratado**, vol I, página 65), é “a crítica das instituições vigentes e preparo de sua reforma, consoante os ideais jurídicos que se vão formando à medida que o ambiente histórico-cultural sofre modificações”. Identicamente BASILEU GARCIA (**Instituições**, vol. I, pág. 37) estipula: “A política criminal examina o Direito em vigor, apreciando a sua idoneidade na proteção social contra os criminosos e, em resultado dessa crítica, sugere as reformas necessárias”. Aos que, com ceticismo, pensarem ser difícil ou inoportuna a reforma de uma lei que mal entrou em vigor, vejam-se as alterações introduzidas no Código de Processo Civil — nove meses após a vigência deste diploma — pela Lei n.º 5.925, de 1º de outubro de 1973, as da Lei n.º 6.544, de 30 de junho de 1978, sobre os Códigos Penal Militar e Processual Militar, e a percutiente observação de ROBERTO LYRA (**Novo Direito Penal**, vol. I, pág. 53), *in verbis*: “Os Códigos precisam ser, isto sim, menos arbitrários e superficiais, substituindo as adaptações e generalizações por textos qualificadores e sancionadores evolutivos, mas característicos e condizentes. Mais do que justas e úteis, são necessárias a multiplicidade e, também, a periodicidade de Códigos Penais, por força mesmo da mobilidade social.”

15. O novo Código Penal (Decreto-Lei n.º 1.004, de 21-10-69, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 6.016, de 31-12-73, que se encontra em **vacatio legis**) tem sua vigência condicionada ao futuro Código de Processo Penal, cujo projeto, em tramitação no Congresso Nacional, está elaborado em consonância com a sistemática daquele. O projeto em tela, como é notório, apesar de já ter passado pela Câmara dos Deputados, deverá ainda sofrer, no Senado, inúmeras alterações, quer com a supressão, quer com o acréscimo de variadíssimos dispositivos. Vai daí, a prevalecer o Código Penal de 1969, que já está sob o crivo de novas alterações, propostas pelo Projeto n.º 636, de 10-6-75, além das modificações que naturalmente terá que suportar, como consequência das adaptações a serem feitas ao Código de Processo Penal, por igual também deverá passar por rigoroso reexame, uma vez que são do conhecimento público suas múltiplas imperfeições. Dentre estas destaca-se o sistema de penas, notadamente na fase executória, que deixa muito a desejar. Parece que a Lei n.º 6.416/77, na parte referente ao Sistema Penitenciário, por exemplo, é superior à correspondente ao Código Penal de 1969. Assim, independentemente da eventual vigência deste diploma — o que certamente não se dará a curto prazo — entendemos que o assunto desta comunicação merece figurar na temática do futuro Congresso Nacional de Ciências Penais. A providência se impõe, pois mesmo tendo sido eliminado o isolamento contínuo como etapa executória das penas privativas de liberdade no novo Código, este, é válido acentuar, já se tornou anacrônico e não atende mais à realidade penitenciária brasileira.

EM FACE DO QUE FOI EXPOSTO CABEM AS
SEGUINTE PROPOSIÇÕES:

I. Perante o **jus conditum**:

a) recomenda-se a não aplicabilidade do isolamento celular contínuo no período inicial do cumprimento da pena de reclusão, embora o art. 30, **caput**, do Código Penal, permita-o facultativamente;

b) tal isolamento só deve ser imposto, quando o exija o interesse relevante da disciplina, na conformidade do que dispuser a respeito o regulamento do estabelecimento penal, respeitadas as integridades física e moral do condenado;

c) o condenado à pena de detenção, que a cumprir em regime fechado, também deve ser submetido a exames que permitam completar o conhecimento de sua personalidade, para efeito de classificação e individualização executórias, o que deverá ser feito no período referido no parágrafo primeiro do art. 30 do mesmo diploma.

II. **De jure constituendo** (a continuar vigorando o Código Penal de 1940, mas com novas alterações):

a) deve ser eliminado do art. 30 do Código Penal de 1940 o isolamento celular contínuo que não pode existir como programa inicial de execução das penas privativas de liberdade, nem mesmo como aplicação facultativa, em face de ser incompatível com a verificação complementar da personalidade do condenado;

b) deve ser substituído o vocábulo **recluso** por **condenado**, tanto do **caput** do art. 30, quanto de seus parágrafos primeiro e terceiro, porque o detento também deve ser submetido, no período inicial do cumprimento da pena, a exames que permitam completar o conhecimento de sua personalidade, por ser através desta que se faz a classificação e individualização executórias, e não pela qualidade da sanção;

c) conseqüentemente, devem ser revogados o art. 31 e seu parágrafo único, do Código Penal, assim como se impõe a retirada da expressão **salvo o disposto no art. 30**, constante da primeira parte do parágrafo único do art. 32 do mesmo diploma.

III. **De lege ferenda** (a entrar em vigor o Código Penal de 1969, com as alterações que se fazem necessárias):

a) o sistema de execução das penas privativas de liberdade, no Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004/69), deve ser totalmente modificado, posto que é inferior ao Código Penal de 1940, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 6.416/77;

b) para esse fim, o assunto deve figurar no temário do VI Congresso Nacional de Ciências Penais.

Alguns aspectos da Lei n.º 6.416/77

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

— I —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 46 —

Parágrafo único — Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, em boa hora, reviu o instituto da reincidência. Cancelou a distinção entre a reincidência genérica e específica, com o que, por consequência, foi revogado o disposto no art. 47, I, do Código Penal, que fixava a pena aplicada acima da metade da soma do mínimo com o máximo da cominação legal. Além disso, a exemplo do Código Penal de 1969, estabeleceu limite temporal entre as infrações penais para a projeção dos respectivos efeitos. Assim, estatui o art. 46, parágrafo único:

“Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.”

Essa norma enseja várias considerações; de início, evidencia-se a manutenção, embora mitigada, de presunção de periculosidade. O texto reformulador do Código Penal, talvez por não desejar promover reforma estrutural, sobre manter a reincidência na categoria das circunstâncias agravantes (embora nada diga quanto ao fato delituoso, mas ao perfil do agente, e os *accidentalia delicti* sejam restritos às características do fato), preferiu reafirmar, para esse efeito, relevância à condenação anterior, limitada, porém, até cinco anos do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade.

A este aspecto volta-se nossa atenção.

A interpretação só é válida se feita em termos sistemáticos; sem essa envergadura, as conclusões tendem à imperfeição, deixando de atribuir à norma

a sua verdadeira posição, isto é, parte de um todo, que não se esgota num dos setores da dogmática jurídica.

A Constituição — e costuma-se repetir PELEGRINO ROSSI — é a *tête de chapitre*; efetivamente, não se pode olvidar a Carta Fundamental, sob pena de conclusões apressadas e impróprias.

A Constituição brasileira estatui, como princípio, a igualdade de todos perante a lei; situa-se, por isso, como orientação também do Direito Penal. Dessa forma, a lei ordinária não pode estabelecer distinção de tratamento; caso contrário, a Carta Política seria letra morta.

Cumprе, porém, fixar antes, com exatidão, o princípio da isonomia, que floresceu em 1689, na Inglaterra; avultou, em 1776, nas Colônias Americanas e se consolidou em 1789, na França. No Brasil, tornou-se tradição desde as bases da Constituição Política da Monarquia, repetindo-se na Constituição Imperial e na República. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU, em 1948, em Paris, inseriu-a em seu contexto (art. 7º).

O Direito implica a existência de relação intersubjetiva, cujo complexo de direitos e obrigações, em virtude do princípio da igualdade jurídica, deve ser o mesmo quaisquer que sejam os sujeitos do respectivo vínculo. Por sua vez, toda relação jurídica decorre de um fato também jurídico, eis que, não sendo fenômeno relevante para o Direito, não vincula pessoas nesse setor ético. Conseqüentemente, a isonomia está intimamente relacionada com o fato ou suposto jurídico. E o chamado fato histórico, acentue-se, só ingressa no âmbito do Direito quando mostrar-se juridicamente significativo, ou seja, produzir efeitos dessa natureza. Por isso, do mesmo fato natural resultará nenhum, um, ou pluralidade de significados jurídicos, desde que o Direito lhe confira mais de um tratamento, fazendo nascer, é lógico, tantas situações quantos forem os tratamentos jurídicos. Assim, o fato — chuva — poderá ser irrelevante, ou, ao contrário, significativo, se, por exemplo, a lei estatuir que o Estado financiará a recuperação das lavouras destruídas pela intempérie. Evidentemente, apenas os agricultores que hajam sofrido prejuízos, conforme previsão da norma, terão direito à percepção do benefício. O auxílio, pois, a uma parcela dos agricultores não transgredе o princípio da igualdade porque a relação jurídica — Estado/Agricultor — surge apenas com quem o fato mencionado houver ocasionado danos materiais. Aos demais proprietários rurais não é válido invocar o mesmo tratamento, eis que o suposto jurídico, não lhes socorrendo, não forma o referido liame jurídico.

O disposto no parágrafo único do art. 46, como toda legislação ordinária, não pode discordar dos parâmetros constitucionais e, por isso, é vedado estabelecer tratamento diverso para relações jurídicas que se formam em razão do mesmo fato.

A reincidência, conforme definição legal, no tocante ao delito, se caracteriza quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Pois bem, o fato — reincidência — ocorrerá com a superveniência do segundo crime, constitutivo do suposto jurídico daquele instituto. Por razões de política criminal, entretanto, o legislador de 1977, como fizera o Código Penal de 1969

(art. 57, § 1º) registra uma exceção, retirando esse efeito se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

O fato — reincidência — insista-se, no Código Penal, é uno, e confere o mesmo tratamento ao agente que realizar o modelo transcrito; a exceção, contudo, submete os agentes à duplicidade de pressupostos, isto é, que hajam cumprido a pena ou por outra causa aconteça a extinção da punibilidade. Em se tomando tais referências, ocorrem períodos diferentes para configurar a hipótese, com o que a lei passa a ser mais rigorosa num dos casos.

A isonomia não se restringe ao âmbito constitucional; também setorialmente ela é significativa; por isso, deve ser acentuada a igualdade penal, dado que nesse ramo do Direito há princípios e normas fundamentais próprios, que, logicamente, atuam como balizas intransponíveis.

O particular de o texto haver estabelecido distinções para configurar a fluência do referido período de cinco anos, isto é, estabelecido pressupostos diferentes, não contrasta com a Constituição, dado ser permitido realçar pluralidade de supostos jurídicos, ainda que seja para alcançar o mesmo resultado. Todavia, no âmbito do Direito Penal também opera a isonomia, aqui, sem a envigadura do Direito Constitucional, porém, restrita à sua área, onde também a desigualdade é vedada.

Pela Lei nº 6.416/77, na passagem referida, enquanto uma pessoa é beneficiada com a hipótese mais favorável, outra deverá arrostar o efeito rigoroso. Pense-se neste caso: dois indivíduos são condenados a um ano de detenção; o primeiro, beneficiado com a suspensão condicional de execução de pena, por dois anos; o segundo, por revelar periculosidade, não é contemplado com o *sursis*. Resultado: quem demonstrou inadaptação ao convívio social começará a contar o prazo constante do parágrafo único do art. 46 após um ano, ao passo que o primeiro, sem indício de que retornaria à senda criminosa, deverá esperar dois anos para obter o mesmo direito.

Essa desigualdade, ademais, afronta a justiça distributiva, e sendo o Direito processo histórico-cultural de realização do valor — Justiça — será contraditória a sua encampação jurídica. Isso avulta no Direito Penal, cujas sanções constituem fundamentalmente censura ao agente, sendo inconcebível entre delinqüente perigoso e delinqüente não perigoso, a lei ser mais favorável ao que recebe maior reprovabilidade.

A rejeição da norma por inconstitucionalidade, ou contradição entre leis da mesma hierarquia, só deve ser assinada quando impossível a conciliação. No caso em deslinde, as duas hipóteses são harmonizáveis, se os supostos jurídicos ensejarem o mesmo efeito. E tal acontecerá se conferir-se a ambos as mesmas conseqüências.

No exemplo aventado, a fim de evitar-se a incongruência sublinhada, o prazo deverá ser computado, se o *sursis* não for revogado, a partir do dia em que o condenado tivesse cumprido a pena, se não fosse suspensa a execução. Com isso, realiza-se a igualdade jurídica, não só por exigência da Carta Magna, como ainda em decorrência dos princípios reitores do Direito Penal.

Conclusão — Na hipótese de extinção da punibilidade mencionada no art. 46, parágrafo único, do Código Penal (redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977) computar-se-á o prazo a partir do dia em que o condenado tivesse cumprido a pena, se não fosse suspensa a execução.

— II —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 108 — Extingue-se a punibilidade:

.....
IX — pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;

A interpretação da norma do art. 108, IX, do Código Penal, conforme redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, tem ensejado divergência.

O dispositivo legal originou-se da Emenda nº 26 do Senador Henrique de La Rocque, cuja justificação narra desejar reimplantar a Súmula nº 388, revogada em 1976, que assim dispunha:

“O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e preempção.”

O Parecer nº 43, de 1977, da Comissão Mista, sugerira nova redação e formulara a subemenda, *in verbis*:

“Art. 108 —

VIII — pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI, da Parte Especial; exceto nos casos de violência real ou grave ameaça, pelo casamento da ofendida com terceiro, se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.”

A extinção da punibilidade dos crimes definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI, da Parte Especial, estará excluída somente porque cometidos com violência ou grave ameaça? Dever-se-á acrescentar o desinteresse da ofendida, não requerendo o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração? Ou ainda, não incidirá o benefício se ela, no referido período, solicitar o prosseguimento do processo, mesmo que aquelas infrações não sejam praticadas com a *vis physica*, ou a *vis compulsiva*?

A solução deve ser conjugada com a busca da natureza jurídica da norma, e de sua finalidade.

A Teoria Geral do Direito Penal evidencia que as normas penais não são meramente sancionatórias, definidoras de ilícitos e sanções; encontram-se, ao seu lado, inúmeras outras, entre as quais, as normas limitativas de preceitos penais, porque, como afirma CAVALLO (*Diritto Penale*, Jovene 1955, 2º vol., pág. 460) “limitano l’applicazione delle norme incriminatrici”. Entre estas, arroleem-se as que condicionam ou extinguem a punibilidade, dada a excepcionalidade que exprimem. Efetivamente, enquanto a punibilidade é a regra, a sua extinção é excepcional, sempre ditada por razões de política criminal. A motivação, por sua vez intimamente ligada à finalidade, entremostra, sem sombra de dúvida, a adesão do Estado a um valor, que seria sacrificado se efetivado o rigor penal, aplicando-se a sanção. As hipóteses de *indulgentia principis* visam à pacificação social, ou proclamam a desnecessidade da prevenção especial. A *abolitio criminis* atende ao direito de liberdade, que não pode continuar restringido com a revisão legislativa, deixando de considerar crime o que era até então. A prescrição, a decadência ou a perempção exercem o mesmo papel, considerando o tempo transcorrido a partir do fato delituoso, ou a instauração da ação penal. Na retratação, e este é o último exemplo, entre o desenrolar do processo, com o estrépito social decorrente, e a imediata reparação da honra do ofendido, o Estado renuncia ao *jus puniendi*, a fim de favorecer o interesse individual. Nessa linha se coloca a norma do inciso IX do art. 108 do Código Penal. Conseqüentemente, sua interpretação não pode ser desvinculada desses parâmetros.

Antes de tudo, ressalte-se, a finalidade da norma se dirige a preservar interesse da ofendida e fortalecer a família por ela constituída com quem não seja o seu ofensor.

A violência — física ou moral — em si mesma não é óbice, na sistemática do Código, à concessão do benefício. Note-se, o inciso VIII do mesmo art. 108, repristinado no inciso IX, autoriza a extinção da punibilidade se cometido qualquer dos crimes definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI, da Parte Especial, em cujo rol a violência física ou a grave ameaça comparece na estrutura da ação delituosa, de que são ilustração o estupro (art. 213) e o atentado violento ao pudor (art. 214), não se olvidando a presunção de violência, definida no art. 224, ou seja, se a vítima não é maior de 14 anos, é alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância, ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Em outras palavras, ainda que a violência ou a grave ameaça seja elemento constitutivo da infração penal, o Estado, na hipótese, consente a extinção da punibilidade.

O inciso IX, contudo, apresenta a particularidade de o matrimônio haver sido contraído com terceiro. Este, ao contrário do ofensor, não “reparou o mal”. Evidencia-se distinção de situações; por isso, a equiparação não pode restringir-se ao sentido literal do texto; urge buscar-se o significado social da lei, realçando-se também os ângulos axiológico e teleológico.

A interpretação histórica, embora não vinculante, é sempre útil, e muitas vezes indispensável a revelar o conteúdo da norma, como no caso em análise.

A Súmula revogada condicionava a extinção da punibilidade ao desejo da ofendida; a Emenda nº 26 estatua que o casamento com terceiro conduzia

ao mesmo resultado, salvo se o crime fosse executado mediante violência real ou grave ameaça; a subemenda, por sua vez, ampliava o inciso VIII, condicionando à vontade da vítima a ocorrência da causa extintiva, excetuados os casos de violência, ou grave ameaça. E o texto legal distingue o crime cometido com violência, ou grave ameaça, do delito sem constrangimento físico, ou moral.

O Estado tem interesse em punir o delinqüente, em virtude do perigo que a conduta representa para a estabilidade social; avulta esse interesse quando o agente, com violência física, ou moral, realiza o comportamento delituoso, denotando maior indisciplina social. A periculosidade do sedutor não se iguala à do estuprador, nem o rapto que alcança seu intento, com agressões, se compara a quem obtém o assentimento da raptada. Do ponto de vista social, tais ações são qualificadas distintamente. No âmbito valorativo, a censurabilidade é mais intensa num caso que no outro. Por isso, a finalidade da lei deve conjugar o interesse social (preservar a disciplina coletiva) e o interesse da ofendida (com particular atenção a nível de família). O Direito não pode ser incentivo aos estupradores de noivas, que, com o casamento destas, ficarão à margem de qualquer incômodo penal. Ademais, o interesse coletivo, na hipótese, deve sobrepassar ao individual da vítima. Todavia, se essa é a regra geral, se não ocorrer violência, ou grave ameaça, e, por isso, o perigo social é menos significativo, comparece a exceção, remetendo a lei à livre deliberação da vítima o prosseguimento do processo.

Registre-se, pois: o casamento com terceiro, por si só, não é causa de extinção da punibilidade.

Esta conclusão é abonada por MAGALHÃES NORONHA (*Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1978, 1º vol., pág. 430):

“Desta forma, mantida a regra do inciso VIII do art. 108, foi introduzida uma nova figura no Código pela Lei nº 6.416, qual seja, a do casamento da ofendida com terceiro. Frise-se que o *subsequens matrimonium* com terceiro não extingue a punibilidade, nos casos de estupro, de atentado violento ao pudor e de rapto violento, pois que delitos cometidos com violência ou grave ameaça. Ocorre o inverso com a posse sexual mediante fraude, a sedução, a corrupção de menores e o rapto mediante fraude ou consensual.”

Não se olvide, por derradeiro, o parecer da Comissão Mista, no tocante à Emenda nº 26:

“A Emenda nº 26, do Senador Henrique de La Rocque, deve ser aceita. Convém, entretanto, condicionar-se à vontade da vítima a ocorrência desta causa extintiva.”

Conclusão — Na hipótese do disposto no art. 108, IX, do Código Penal (Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977) só ocorre a extinção da punibilidade, pelo casamento da ofendida com terceiro, se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça, e ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração do matrimônio.

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 110 -

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

O conceito de infração penal sempre constituiu preocupação dos escritores; a caracterização de sua estrutura básica, até hoje, não reuniu a unanimidade dos penalistas. A literatura informa duas posições divergentes, cuja análise é imprescindível. Além disso, conforme opção doutrinária, evidenciam-se os efeitos práticos; atualmente, ganha terreno a posição de que a Teoria Geral do Direito Penal (sem dúvida, não desvinculada da Teoria Geral do Direito) é a matriz de qualquer especulação, inclusive da interpretação do texto legal. O teórico está perdendo a imagem de pessoa desligada da realidade; ao contrário, a experiência jurídica está intimamente relacionada com as pesquisas dos princípios e normas fundamentais e com a natureza jurídica dos vários institutos. Somente com essa visão global, ter-se-á a integralidade do sistema.

Nessa linha de raciocínio, é lógico, não só oportuno, mas indispensável se faz indagar a substância do ilícito penal.

O ilícito *in genere* é a conduta juridicamente proibida. A ilicitude, por seu turno, a relação do comportamento humano com o vedado pelo Direito. Ela, por isso, é una, vale dizer, tem as mesmas características em qualquer setor jurídico. No enunciado do juízo disjuntivo de KELSEN, crime corresponde à não-prestação, decorrendo, então, o dever-ser-sanção.

Os autores que concebem a infração penal — conduta típica, antijurídica e culpável, raciocinam que o delito se circunscreve ao preceito da norma e, por isso, a sanção é mera consequência.

De outro lado, há escritores em posição diferente, acrescentando à conduta a qualificação punível.

A primeira corrente é majoritária, notadamente por influência do tecnicismo italiano, originário de ROCCO, que marcou sua presença na formação intelectual dos penalistas até a 2ª Guerra Mundial. Nesta quadra, arrolem-se ANTOLISEI, SÓLER, BETTIOL, HUNGRIA, ROBERTO LYRA, JOSÉ FREDERICO MARQUES.

A segunda corrente labora raciocínio diverso, como fazem, exemplificativamente, BATALINI e BASILEU GARCIA.

O autor italiano definiu: "fato humano descrito no tipo legal e cometido com culpa, ao qual é aplicável a pena" (*Direito Penal*, ed. Saraiva, pág. 116).

Com efeito, se desprezarmos a sanção como elemento do crime, não se distinguirá o ilícito penal do ilícito civil, do ilícito trabalhista e assim por diante, porque, em comum, apresentam o contraste com o juridicamente consentido. As notas distintivas são de nível dogmático, resultantes das características de cada sede jurídica, e constantes dos efeitos que elas atribuem à conduta vedada. No Direito Civil, avulta a reparação do dano, no Direito Administrativo, a moralidade de pública administração, ao passo que no Direito Penal há, antes de tudo, censura ao agente do delito.

A doutrina elenca várias teorias tentando um conceito ontológico de infração penal; todavia, todos esses esforços fracassaram; esbarram com obstáculo insuperável, isto é, a impossibilidade. Daí, todas as legislações optarem por um critério formal, dicotômico (Itália, Brasil), ou tricotômico (França, Bélgica, Japão), porém, tomando sempre como referência a pena cominada.

E assim acontece porque a infração é um *ilícito qualificado*, ou seja, além da oposição ao consentido pelo Direito, acrescenta um *plus*, sem o qual não se integraliza, consistente em sanção específica; ainda que haja congêneres sinônimas em outros setores, como no caso da multa, mantém cada uma sua individualidade, tanto pela teleologia, como pelos pressupostos de sua aplicação.

A Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), com a rubrica lateral "conceito de crime e contravenção", estatui:

"Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente."

A infração penal situa-se em dois planos: a *fattispecie legale*, em nível normativo, comina a sanção; a *fattispecie in concreto*, projetando-se no campo da experiência jurídica, revela a aplicação da pena, que por imperativo constitucional é sempre individualizada.

Em consequência, não há ilícito penal sem pena cominada (plano normativo), ou sem pena aplicável (plano fático). E mais, juridicamente, desaparece a infração, se for suprimida a cominação, ou cancelada a aplicação da pena. A descrição e o fato perdem o atributo penal.

Em face desta conclusão, *data venia*, cumpre fixar os efeitos da prescrição.

No sistema do Código Penal brasileiro, cumpre distinguir os critérios de incidência:

- a) antes de transitar em julgado, a sentença final é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (art. 109) — prescrição *in abstracto*;

b) depois de transitar em julgado, a sentença condenatória, para acusação, é calculada sobre a pena concretizada, com efeito *ex tunc* (art. 110 e §§) – prescrição *in concreto*;

c) depois de transitar em julgado para as partes a sentença condenatória, para ambas com efeitos *ex nunc* (art. 112) é calculada sobre a pena definitiva – prescrição após condenação irrecorrível.

Em outras palavras, na hipótese *a*, não há condenação porque não aplicada a pena; na hipótese *b*, a conclusão é a mesma, eis que aplicada a pena quando já cessara o direito de punir e, na hipótese *c*, ter-se-á condenação, ainda que não seja executada a pena.

Tais considerações impõem concluir que a inexistência de pena *in concreto* não conduz, ou retira a conduta dos quadrantes da infração penal, porque o fato ilícito penal não se incorpora sem a punibilidade.

Não se olvide outro aspecto relevante. O Direito Penal, em razão de suas características e por imperativo do princípio do contraditório, entre a pena cominada e a pena individualizada sempre confere preferência à segunda. A cominação existe em função da individualização. O *sursis* e o livramento condicional são concedidos com base na pena aplicada; diga-se o mesmo para a incidência das penas acessórias de perda da função pública e interdição de direito. No mesmo sentido o recolhimento do condenado a estabelecimento de regime aberto (art. 30, § 5º, I), semi-aberto (art. 30, § 5º) e, por consequência, de regime fechado.

Essa tônica, é lógico, envolve também o instituto da prescrição. Assim, se, no caso de prescrição *in abstracto* há efeito *ex tunc*, contrariaria o sistema negá-lo quando se tratar de prescrição *in concreto*. Vale dizer, o art. 110 enuncia *norma principal*, ao passo que o art. 109 constitui a *norma subsidiária*. Corolariamente, inexistem razões para negar-se à prescrição calculada sobre a pena concretizada na sentença o efeito *ex tunc*.

Merecem registro, por oportunas, as considerações de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1966, vol. 3º, pág. 448):

“Se a qualificação penal dos fatos pertence ao juiz; e se provisória é aquela da denúncia ou queixa, seria absurdo que, para a prescrição, outro princípio vigorasse. A imputação, apenas formulada e provável, deverá prevalecer sobre a imputação comprovada e a condenação? O juízo provisório e eventual do Ministério Público terá mais força que o juízo definitivo que o órgão julgante profere ao condenar o réu? . . . Tanto lá, como na legislação em vigor, a pena abstratamente cominada é escalão para o prazo prescricional, enquanto outras bases mais seguras e concretas não surgirem no processo. Desde o momento, porém, em que já existam limites menos aleatórios e vagos, para um cálculo mais aproximado e exato do prazo da prescrição, abandona-se a pena em abstrato e a pena em concreto a substitui.”

Acentue-se, a modificação legislativa sufragou: “a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão

executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento de denúncia”.

BASILEU GARCIA (“As modificações trazidas à legislação penal pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977”, *in Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, nº 35, págs. 30/31) pondera:

“Pela Súmula nº 146 a prescrição era da ação penal. Agora é da “pretensão executória”. Mas, ainda que essas palavras façam pensar que se teve em mira a prescrição da pena concreta, prescrição da condenação, em verdade, a extinção da punibilidade não deixa de ser da ação penal, pois vai atingir a fase entre a data do recebimento da peça inaugural e a sentença condenatória com trânsito em julgado.”

SANTORO (*Diritto Processuale Penale*, Ed. Dell’Ateneo, Roma, 1953, página 124) observa:

“Si può ritenere oggidì saldamente acquisita la natura processuale dell’azione, sia perchè l’art. 1 del vigente cod. proc. pen. non ricollega più l’azione al reato, sia perchè i fenomeni estintivi sono ricollegati, più esatamente, al diritto soggettivo di punire.”

O conceito de primariedade é extraído da definição legal de reincidência, em virtude do que, inexistindo segunda condenação depois de o agente haver sido definitivamente condenado, nos termos do estatuído no art. 46 do Código Penal, ou no art. 7º da Lei das Contravenções Penais, persistirá o instituto. Em consequência, acentue-se, à vista de não haver condenação, no sentido penal do termo, ocorrendo a chamada prescrição retroativa, se a pessoa vier, em seguida, a cometer um ilícito penal, não será reincidente.

Conclusão — Em se operando a prescrição com base na pena concretizada na sentença, o agente não perde a primariedade.

— IV —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 110 —

§ 1º — A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2º — A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, manteve a redação do art. 110 do Código Penal, contudo, converteu o disposto no parágrafo único em § 1º, intro-

duzindo modificação no sentido de que o cálculo se opera da sentença condenatória “com trânsito em julgado para a acusação”, e não “de que somente o réu tenha recorrido”. Ademais, acrescentou o § 2º, *in verbis*:

“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.”

Este parágrafo merece a atenção do intérprete.

Antes de tudo, interpretação perfeita exige fixar a natureza jurídica do instituto analisado. Na hipótese, tem-se norma mista, dado ser meramente interpretativa quando afirma que a prescrição calculada sobre a pena concretizada na sentença “importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal”, e constitutiva, ao dispor: “não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia”.

Note-se: boa técnica legislativa recomendaria a segunda parte do § 2º compor o § 1º, cujo dispositivo estabelece marcos temporais da chamada prescrição retroativa.

Esta comunicação tem por objeto material a interpretação autêntica da norma, que poderá ensejar divergência, notadamente quanto aos efeitos decorrentes da sua incidência.

A prescrição atende à política criminal, particularmente considerando-se que o passar do tempo, sem o agente praticar outro fato delituoso gera a presunção de recuperação; desaparece a reação social originária do crime e as provas se tornam mais difíceis e inseguras, podendo motivar, então, injusta sentença condenatória.

A prescrição, por isso, representa limitação ao exercício do direito de punir, perdendo o Estado legitimidade para a instauração, ou fluência do processo de conhecimento e para promover a execução; ocorrem, respectivamente, a prescrição *in abstracto* e *in concreto* (antes da sentença condenatória definitiva), ou depois de operada a coisa julgada da condenação.

Em breve, a prescrição é a perda do direito da ação processual penal. Assim sendo, o disposto no § 2º do art. 110, na passagem — “renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal” — não acrescenta nada à norma, ou ao instituto; representa unicamente a explicitação do motivo considerado relevante, pelo legislador, para tornar inquestionável a chamada prescrição retroativa no direito brasileiro. Ilustre-se com exemplo que dirime qualquer dúvida. Imagine-se que se opere a hipótese do art. 110, § 1º, ou seja, prescrição com base na pena concretizada na sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação. No momento da consumação do prazo prescricional, ergue-se para o réu o direito público subjetivo de não ser submetido à execução porque a *sanctio iuris* individualizada (e definitiva para a acusação) demonstrou haver o Estado, durante o desenrolar do processo, antes da sentença, perdido a respectiva ação e, dessa forma, legitimidade para efetivar o direito de punir, fulmi-

nado pelo decurso do prazo. Conseqüentemente, o Estado não renuncia à execução da pena. Renuncia-se a um direito de que se é titular; o Estado, porém, não tem legitimidade para a execução (*nulla poena sine titulo*) porque a lei não lhe confere esse direito. Isso, *data venia*, demonstra ser o Estado carente da legitimidade para promover a execução, não por renúncia sua, insista-se, mas por ausência de título executório. Evidencia-se, pois: o trecho em análise reduz-se à mera explicação da espécie de prescrição a que se refere, tecnicamente desnecessária.

A pretensão, juridicamente, é o interesse de alguém exercer o seu direito. O Estado só pode submeter uma pessoa à sanção penal havendo o título da condenação. Se não bastasse a Constituição nacional, estatui o disposto no art. 669 do Código de Processo Penal: "Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença."

Corolariamente, inexistindo a condenação, o Estado sequer pode aspirar a essa pretensão.

E por que inexistente a condenação?

Seja na legislação ordinária, como em nossa Carta Magna (art. 153, § 16), bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ninguém será condenado criminalmente sem o devido processo em que seja assegurada garantia plena de defesa. Em outros termos, faz-se imprescindível o processo penal. Este, deixando-se à margem atraentes debates doutrinários a respeito de sua estrutura e momento de formação, exercita a atividade jurisdicional e tem por objeto declarar, constituir, modificar ou extinguir a situação de condenado, ou perigoso, aplicando e executando a pena e a medida de segurança. CONSO (*Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 1969, pág. 5) chama a atenção para o fato de ser "predisposto per accertare quegli illeciti ed applicare quelle sanzioni che solo in tal modo possono essere, rispettivamente, accertati ed applicate".

Evidentemente, o processo ou relação processual requer, seja em sua constituição, como em seu desenrolar, legitimidade do sujeito ativo, vale dizer, como condição de ação, a titularidade do direito de imputar (*stricto sensu*) ilícito penal a alguém. Se jamais a teve, não poderá postular a formação do vínculo, e se vier a perdê-la, cessa incontinenti.

Assim, recebida a denúncia, operar-se-á a prescrição *in abstracto*, se a sentença não for prolatada no prazo fixado em lei (art. 109). Se ela for proferida tempestivamente e transitar em julgado para a acusação, o cálculo terá por referência a pena concretizada; vale dizer, se a partir da data da aceitação da peça acusatória, antes de a decisão fluir o respectivo prazo, no dia em que aconteceu (constatada a data retroativamente), cessa, por prescrição *in concreto*, a legitimidade (condição da ação) de o Estado prosseguir o processo penal.

O cálculo retroativo será feito se a sentença condenatória transitar em julgado para a acusação. Dever-se-á, pois, aguardar a ocorrência de uma condição, vale dizer, o transcurso do respectivo prazo recursal. Assim, trata-se de sentença condenatória *sub condicione*; operada esta, se a relação tempo-

pena concreta conduzir à prescrição, pelas razões expostas, desaparece a própria condenação. Com isso, tornou-se indiscutível que, no Brasil, todas as sentenças condenatórias, se aplicável a prescrição *in concreto*, encerram condição resolutiva.

E mais, se não existe condenação (extinguiu-se o direito de punir), por via de consequência, não há pena aplicável. Logo, é sem sentido afirmar que o "Estado renuncia à pretensão executória da pena principal". A respeito, JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1966, vol. 3º, pág. 403) observa com propriedade:

"Ilustres penalistas falam em renúncia ou abdicação do Estado, quando cessa seu poder punitivo pelo decurso do prazo prescricional. Essa renúncia, porém, só pode ser entendida se focalizada no momento pré-legislativo da norma penal e, não, no plano de sua aplicação após estar promulgada."

A característica da sentença condenatória é a individualização da sanção penal eficiente. Se esta não se configura, é lógico, não há condenação.

Conclusão — Inexiste condenação na hipótese do disposto no art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal (redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977).

— V —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 121, § 5º — Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Na 1ª Sessão Preparatória, realizada em maio do corrente ano, em Porto Alegre, ao Congresso de Direito Penal e Processo Penal, a ser realizado em Brasília, em novembro próximo, apresentei quatro comunicações a respeito do § 5º do art. 121, conforme redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Naquela oportunidade, como resultante da estrutura da infração penal, considerando a punibilidade seu elemento constitutivo, e a natureza jurídica da sentença que aplica a norma, isto é, desconstitutiva, concluí, ante a inexistência de condenação, que a decisão é absolutória.

Condenar, do ponto de vista penal, é fixar a sanção cominada, que, ademais, por imperativo constitucional, será individualizada. Pois bem, o Estado, considerando as graves consequências sofridas pelo próprio agente, contempla, na hipótese, mais um caso de extinção da punibilidade, embora não relacionado na indicação exemplificativa do art. 108 do Código Penal.

A absolvição resulta de vários motivos; o Código de Processo Penal arrola seis causas no art. 386: *I* — estar provada a inexistência do fato; *II* — não

haver prova da existência do fato; III — não constituir o fato infração penal; IV — não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V — existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; VI — não existir prova suficiente para a condenação. Essa relação não é exaustiva, e, conforme a opção doutrinária atrás referida, acrescenta-se: toda vez que não for aplicada a sanção penal, como, exemplificativamente, acontece com o perdão judicial e a hipótese do § 5º do art. 121 do Código Penal.

Absolvição, contudo, nem sempre, implica o reconhecimento de conduta lícita; se isso se dá quando ficar caracterizada a inexistência do fato ou a inexistência da autoria, o mesmo não acontece se a rejeição da denúncia resultar do princípio *in dubio pro reo*.

De outro lado, se a ilicitude é uma só, vale dizer, contraste do comportamento com o juridicamente proibido, acarreta conseqüências diversas conforme o setor dogmático em que se manifesta. Daí, segundo nosso entendimento, o caráter autônomo, constitutivo e originário de todas as áreas jurídicas. Corolariamente, o ilícito pode ser irrelevante para o Direito Penal, dado não acarretar nenhuma sanção dessa espécie, porém significativo em outro âmbito do Direito.

Em conseqüência, a absolvição, por si só, não elide a ação civil; note-se, estatui o disposto no art. 66 do Código de Processo Penal:

“Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

Ademais, na mesma linha, acrescenta o art. 67:

“Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: II — a decisão que julgar extinta a punibilidade.”

Um pormenor, contudo, deve ser acrescentado. A sentença com esteio no § 5º do art. 121, e isso ficou expresso na comunicação em Porto Alegre, não só reconhece os pressupostos da punibilidade, como individualiza a pena, a fim de compensá-la normativamente com as graves conseqüências sofridas pelo próprio agente; no entanto, dado, afinal, não ser aplicada a sanção, tecnicamente não é próprio falar-se em condenação. Por isso, a sentença não será título para a execução civil. Esta tem seu modelo no art. 63 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.”

É de concluir-se: sendo a decisão que reconhece a causa da extinção da punibilidade inscrita no § 5º do art. 121, de caráter absolutório, não poderá ser executada no juízo cível, embora constitua prova relevante para o reconhecimento da obrigação do causador da morte reparar perdas e danos.

Conclusão — A sentença que deixa de aplicar a pena por força do disposto no art. 121, § 5º, do Código Penal (Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977) não prejudica a ação civil; todavia, não constitui título executório.

O direito de queixa e a decadência

MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Excepcionando o caráter publicista da ação penal, promovida pelo próprio Estado, por intermédio de órgão próprio — o Ministério Público —, aparece a de alçada privada, onde aquela atividade é transferida ao ofendido ou a seu representante legal. Neste tipo de ação impera o princípio da disponibilidade, podendo ser intentada ou não, tudo dependendo de critérios exclusivos do titular daquele direito. Contudo, se positiva a opção, a lei não deixa ao talante do interessado o tempo em que aquele direito poderá ser exercido. Ao contrário, fixa-lhe o prazo e o termo a quo, que é de seis meses, contados da data em que a vítima (ou seu representante legal) soube quem foi o autor da infração, salvo disposição expressa em contrário. Tal disciplinamento encontra-se no artigo 38 do Código de Processo Penal, bem como no Código Penal, artigo 105. No mesmo diapasão o artigo 104 do Decreto-Lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, dizendo respeito ao novo Código Penal, em período de *vacatio legis*. As disposições em contrário podem se referir à quantidade do prazo ou à forma de aferi-lo (BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomo II, pág. 650, 4ª ed., editora Max Limonad). Neste sentido, os artigos 236, parágrafo único, e 240, § 2.º, ambos do Código Penal. O primeiro, referente ao crime de “induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento”, tendo por condição de procedibilidade, específica, o trânsito em julgado da sentença, na esfera civil, que tenha anulado o casamento contraído naquelas condições. Somente a partir daí terá início o prazo decadencial. O segundo tipifica o delito de adultério, impondo prazo bem menor, que é de um mês, para início da ação penal. Diante dos termos peremptórios com que o problema foi colocado, não há possibilidade de se cogitar, fora dos casos previstos expressamente, de interrupção, suspensão ou prorrogação do prazo decadencial. Uma vez iniciado, ele

flui ininterruptamente, dando causa à extinção da punibilidade se o direito de ação não for exercido no prazo estabelecido, independente dos motivos determinantes da omissão. Desta forma, a partir do momento em que alguém foi vítima de crime de ação penal privada, pretendendo utilizar-se do direito de ação, deverá providenciar os elementos necessários para, tempestivamente, ajuizar a queixa. O prazo apontado na legislação é suficiente para aquela providência, inclusive, se for necessário, com instauração de inquérito policial.

Porém, a prática vem demonstrando, não raras vezes, situação em que o titular do direito de queixa não teve à sua disposição a totalidade do prazo marcado, mas, ainda assim, decaiu daquela faculdade. Seria a hipótese de processo iniciado por ação penal pública, anulado, afinal, em primeira ou segunda instância, por ilegitimidade do Ministério Público, face à constatação de tratar-se de infração penal perseguível por iniciativa privada. Com sua anulação, *ab initio*, dificilmente a ação poderá ser renovada, com apresentação de queixa-crime, pois há muito teria escoado o prazo decadencial. No entanto, neste exemplo, a parte interessada não dispôs, integralmente, do tempo assegurado na lei. E como falar-se em decadência, pelo não exercício de um direito, num determinado prazo? Como considerar fluído o prazo decadencial se, mesmo querendo, o titular do direito de queixa não poderia exercê-lo? Tal situação constitui verdadeiro paradoxo. De um lado a legislação atribuindo ao ofendido, nos crimes de alçada privada, o direito de ação, retirando-o, por outro, ante a inflexibilidade com que a matéria está disciplinada.

É premente, por mera questão de bom senso, inclusive, a necessidade da lei estabelecer determinação de não correr o prazo decadencial, referente ao exercício do direito de queixa, sempre que surgir obstáculo, de natureza processual, à sua livre manifestação. Assim, a partir do momento do aparecimento daquele óbice, o prazo, que estaria correndo contado da data em que o ofendido (ou seu representante legal) tomou conhecimento da autoria da infração, seria suspenso, passando a correr novamente, se for o caso, levado em consideração o tempo anteriormente decorrido, até o aparecimento da causa suspensiva.

Diante dessas considerações, na hipótese aventada, o prazo decadencial, que teve início conforme determina a lei, do dia em que o ofendido (ou seu representante legal) soube quem foi o autor da infração, estaria suspenso a partir do início da ação penal pública, pois estar-se-ia diante de um obstáculo, de natureza processual, não atribuível ao interessado, impedindo o exercício do direito de queixa. Posteriormente, julgado tratar-se de infração de natureza privada, e portanto anulado o processo por ilegitimidade do autor, poderia a vítima (ou seu representante legal) renovar a ação, com apresentação de queixa-crime, se ainda não ocorreu a decadência, descontado, para seu cálculo, o tempo em que o processo esteve tramitando sob a égide do Ministério Público, pois existia obstáculo insuperável àquela manifestação.

Para solução do problema apresentado, sugerimos que se acrescente um parágrafo único ao artigo 104 do Código Penal (Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69), de seguinte teor:

"Parágrafo único — Não corre o prazo decadencial, referente ao direito de queixa, enquanto houver causa impeditiva ao seu exercício, de natureza processual."

O inquérito policial e seu indeferimento nos crimes de ação penal privada

MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Dentre os princípios levados em consideração à elaboração do Projeto de Código de Processo Penal, deve ser destacado o da supressão do inquisitorialismo judiciário. Com tal medida procurou-se assegurar ao juiz, com maior amplitude possível, o papel que lhe é destinado na re-

lação processual, o de julgador imparcial, equidistante dos interesses borbulhantes, muitas vezes apaixonantes, existentes na fase pré-processual. Para atingir seu desiderato, neste particular, o projeto aboliu todo e qualquer procedimento de ofício, bem como lhe tirou o poder de requisitar inquérito policial, e mesmo de receber a notícia do crime, pois “só um juiz dotado de capacidade supra humana poderá libertar-se, em sua atividade decisória, dos influxos subjetivos de sua atuação agressiva e investigatória”. “Se o procedimento *ex officio* e a participação contínua do juiz em atos e práticas que refogem às funções jurisdicionais não são condizentes com a processualização da Justiça Criminal e com a configuração do processo penal como *actus trium personarum* (autor, réu e juiz), com maior razão devem ser repudiados esses resquícios de inquisitorialismo penal em sistemas judiciários como o nosso, em que, nas instâncias inferiores, atua juiz singular. Note-se que, nas diversas legislações processuais penais, poderes inquisitivos se concedem ao juiz de instrução, nunca, porém, ao juiz da sentença” (Exposição de Motivos do Projeto). A importância de tal posicionamento, que visa, precipuamente, resguardar o direito do cidadão em ter, sob todos os aspectos, um julgamento imparcial, foi enfocado, há muito tempo, por JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, que deu ao problema sua exata dimensão:

“O juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa acumulação facilita, uma tal confusão tende por si mesma a desvairar o espírito do julgador. Em verdade, quando é ele próprio a criar em seu próprio espírito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois por modo perigoso. O amor próprio de sua previdência convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões apostas, a que faça triunfar sua penetração: ele julgará antes de ser tempo de julgar. Em todo caso, a dignidade do juiz, seu prestígio, a crença de sua imparcialidade, sobre que deve descansar a confiança pública, e que ele deve inspirar ao próprio delinqüente, sofrem ou desaparecem” (citado por PLÍNIO DE OLIVEIRA COR-

REA, in *A Provocação Jurisdicional*, edições urgs, 1978, pág. 37).

Na fase antecedente à instauração da ação penal “a inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é, de imparcialidade. Agir significaria tomar partido” (CALAMANDREI).

Ao disciplinar a fiscalização do indeferimento de requerimento para instauração de inquérito policial, sobre infração de alçada privada, o projeto atribui ao juiz tal faculdade, a qual, evidentemente, não pode ser classificada como jurisdicional. Do seguinte teor o artigo 254, do Projeto nº 5/78:

“*Art. 254* — Se a autoridade policial indeferir o pedido de abertura de inquérito, o ofendido ou seu representante legal requererá ao juiz, em petição fundamentada, contra o ato da autoridade, observado o seguinte:

I — deferido o pedido, o juiz expedirá ordem à autoridade policial para que instaure o inquérito;

II — indeferido o pedido, o juiz mandará arquivá-lo, comunicando a decisão à autoridade policial.”

Como facilmente se pode concluir: aqui o projeto ignorou aquele princípio orientador, obrigando o juiz a imiscuir-se com problema atinente à fase antecedente à *persecutio criminis in iudicio*, de que com tanta acuidade procurou afastá-lo. Mais consentâneo com o princípio norteador do projeto, já referido, que aquela atividade fique sob o encargo do Ministério Público, pois ainda dentro da esfera específica de sua competência, qual seja, a de representante da pretensão punitiva do Estado, em que a ação penal privada surge como exceção. E neste segundo aspecto também merece ser destacada a importância da modificação, pois o Ministério Público não deve desconhecer, mesmo na fase pré-processual, toda e qualquer notícia referente a uma possível existência de infração penal, ainda que rotulada como de ação penal privada, mormente, quando praticado ato impeditivo para sua total apuração. Por outro lado, na ocorrência desta situação, seria antecipada a fiscalização do tipo de ação aplicável ao evento, principalmente se ocor-

rer a hipótese de ação penal em crime complexo, ou mesmo confusão entre ação pública e privada e até com a ação pública condicionada. Não afastada a possibilidade da existência de duas situações distintas, em que uma deva ser perseguida por ação pública. Assim, se há necessidade de o indeferimento de instauração de inquérito policial ser fiscalizado, ninguém mais indicado que o representante do Ministério Público para aquele mister. De se notar, tal ingerência não se fará, de maneira nenhuma, na disponibilidade da ação penal, se a infração for de alçada privada. Além disso, é possível que o indeferimento seja duplamente fiscalizado, o que não ocorre com a redação atual, permitindo-se a intervenção do Conselho Superior do Ministério Público, por provocação da parte interessada, quando o Promotor Público concordar com a autoridade policial acerca do indeferimento.

Diante do exposto, sugerimos que se dê ao artigo 254 do Projeto a seguinte redação, com acréscimo do item III:

“Art. 254 — Se a autoridade policial indeferir o pedido de abertura de inquérito, o ofendido ou seu representante legal reclamará ao Ministério Público, em petição fundamentada, contra o ato da autoridade, observado o seguinte:

I — procedente a reclamação, o Ministério Público expedirá ordem à autoridade policial para que instaure o inquérito;

II — se improcedente, o Ministério Público mandará arquivá-la, comunicando a decisão à autoridade policial;

III — desta decisão o ofendido ou seu representante legal poderá recorrer ao Conselho Superior do Ministério Público, que a manterá ou determinará que o inquérito seja instaurado, atendido, no que couber, o disposto no artigo 258, § 3º”

Proposição de igual teor foi acolhida pela comissão especial, consoante se constata no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, suplemento, 7 de abril de 1976, pág. 62.

A suspensão condicional da pena, o livramento condicional e a contravenção penal

MAURÍLIO MOREIRA LEITE

A suspensão condicional da pena, antes da vigência da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, não poderia ser concedida se o réu tivesse sido condenado, anteriormente, por sentença transitada em julgado, por crime ou *contravenção*. Era indiferente a pena aplicada, restritiva da liberdade ou multa. Por outro lado, constituía causa de revogação obrigatória daquele benefício, se ocorresse condenação, na sua vigência, por sentença com trânsito em julgado, por crime, independente da pena fixada, ou *por contravenção*, aqui exigido que aquela fosse privativa da liberdade (artigo 707, item I, do Código de Processo Penal). Fixava o § 1º do artigo citado que, na condenação por *contravenção*, desde que a pena fosse *de multa*, poderia o juiz revogar o benefício, o que constituía causa facultativa.

A jurisprudência veio firmar orientação contra a lei, no sentido de não ser óbice à concessão do *sursis* a condenação anterior à pena de multa (crime ou *contravenção*). Este entendimento foi definitivamente concretizado na Súmula nº 499, de seguinte teor:

“Não obsta à concessão do *sursis* condenação anterior à pena de multa.”

Contribuiu para tal posicionamento a discrepância existente entre os dispositivos reguladores (artigos 696, item I, e 707, do Código de Processo Penal; artigos 57, item I, e 59, § 1º, última parte, do Código Penal), impedindo o deferimento do *sursis* a existência de condenação *por contravenção*, independente da pena, e impondo como causa revogatória obrigatória se aquela for privativa da liberdade e facultativa quando de multa.

Com o advento da Lei nº 6.416, o assunto teve novo disciplinamento, acolhendo-se aquela orientação jurisprudencial, em maior amplitude, pois, agora, somente a condenação, por crime, a pena privativa da liberdade constitui obstáculo à concessão. Veja-se a nova redação:

“Art. 696

I — não haja sofrido, no País, ou no estrangeiro, *condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade*, salvo

o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal” (grifamos).

Desta forma, a condenação por contravenção, mesmo sendo aplicada pena restritiva da liberdade, não é fator impeditivo, por si só. Naturalmente, aquela condenação (por contravenção) poderá ser levada em consideração, a par de outros elementos, para obstar a outorga do *sursis* desde que relacionando-se com os antecedentes, referidos no item II do artigo citado.

Com respeito à revogação, ela será obrigatória se houver condenação, com trânsito em julgado, no curso do benefício, por crime, ou *contravenção*, se as respectivas penas forem restritivas da liberdade. Aqui denota-se mais uma vantagem: a condenação, por crime, à pena de multa implicará na revogação *facultativa*, da mesma forma que a condenação por *contravenção* (em pena de multa), conforme estatuído no artigo 707, parágrafo único, da Lei Penal Processual, em sua nova roupagem.

No livramento condicional, a condenação por *contravenção*, no seu curso, importava na revogação obrigatória, quando a pena fosse restritiva da liberdade, e facultativa em caso contrário (artigos 726 e 727, última parte, do Código de Processo Penal). Nas novas disposições, trazidas pela Lei nº 6.416, a condenação, quando a pena for de multa, não mais é considerada motivo de revogação facultativa, tornando-se acontecimento indiferente ao instituto. Neste sentido o entendimento que deflui do artigo 727 do Código de Processo Penal:

“O juiz pode, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória ou for irrecorivelmente condenado, *por crime*, a pena que não seja privativa da liberdade” (grifamos).

Aqui o legislador afastou-se da harmonia, até então existente, entre a condenação por *contravenção*, com pena de multa, e as causas facultativas de revogação dos benefícios do *sursis* e livramento condicional, que, para ambos, tinha idêntica conseqüência. Agora, illogicamente, somente o *sursis* foi contemplado com aquela restrição. Não havendo razão plausível para tamanha liberalidade, em relação ao livramento condicional, cremos que, inclusive por questão de equidade, a identidade de situações deve retornar.

Levando em consideração que tais disposições foram repetidas no Projeto de Código de Processo Penal (artigos 909, parágrafo único, e 926), mantida, portanto, aquela distonia, sugerimos que do artigo 926 (do projeto) se retire a expressão *por crime*, ficando com a seguinte redação:

“O juiz pode, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória ou for irrecorivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade.”

Considerações sobre a interpretação da norma processual penal

MAURO RENNAN BITTENCOURT

PROJETO DE LEI DA CÂMARA
Nº 5, DE 1978
(Nº 633-B/75, na Casa
de origem)

Código de Processo Penal

“Art. 2º — A lei processual penal
admite interpretação extensiva, apli-

cação analógica e o suplemento dos princípios gerais de direito. Sempre que se tratar de instituto comum ao processo civil e ao processo penal, podem ser aplicadas as normas daquele para suprir as lacunas deste, ou para esclarecer o sentido e o alcance de seus preceitos.”

O primitivo Anteprojeto do insigne Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES sofreu inúmeras transformações, através de revisões de várias Comissões, com a finalidade de escoimar os naturais defeitos.

O Mestre, em suas entrevistas e conferências, revelou o propósito de fazer obra nova, alijando o Código de 1941. Surgiu, então, o Anteprojeto, mas, na Exposição de Motivos de 20 de maio de 1970, foi declarado que aquele não se afastava de nossa tradição jurídica.

Tal como ocorreu quando da elaboração do Código de Processo Civil vigente, o Anteprojeto visava a introduzir um processo rápido, seguro e munido de instrumentos modernos. Apesar da experiência demonstrar, em pouco tempo, que a preocupação de gabinete reclamava, também, uma revisão de estrutura dos órgãos judiciários, prevaleceu a mesma orientação e, em 1975, foi o Projeto enviado ao Congresso Nacional. A mesma preocupação levou a adaptação do Código de Processo Penal ao de Processo Civil.

Induvidoso que os dois códigos pertencem a um gênero comum, porém é incontestável que têm diferenças específicas. São inadmissíveis no campo do processo penal várias regras do processo civil e, a título de exemplificação, dentre outras, podem ser citadas aquelas inerentes aos fatos incontroversos (art. 334, II e III-CPC), soluções negociais (art. 269, III-CPC) e o reconhecimento ou a renúncia (art. 269, II e V-CPC).

TORNAGHI afirma:

“Na verdade, a evolução histórica é no sentido oposto: o processo civil é que, em muitos pontos, foi se afeiçoando aos

moldes do processo criminal” (*Instituições de Processo Penal*, 2ª ed., pág. 13).

ARTURO SANTORO (*Il Diritto Processuale Penale ed il Processo*) preleciona que o processo penal é o conjunto de atividades realizadas para atuar o direito penal objetivo e, correlativamente, o direito punitivo do Estado. O direito penal material disciplina a infração penal e as suas conseqüências jurídicas, e o direito processual penal disciplina as atividades necessárias para a aplicação ao caso previsto das normas relativas à infração penal indicada e das normas relativas às sanções. O processo penal é tudo quanto se refere ao desenvolvimento da jurisdição penal e à atuação desta jurisdição. O processo civil e o processo penal são dois ramos de um tronco comum. Portanto, as diferenças justificam plenamente a duplicidade dos códigos e a correlativa duplicidade de uma *teoria específica* (grifei). Enquanto o processo civil tende a compor uma lide entre as partes, o processo penal tenderia à verificação da pretensão do Estado à pena ou à sanção preventiva. Quanto à ação penal, o Professor de Pisa sustenta que não existe um *petitum* que possa servir para identificá-la, pois que a solicitação endereçada ao juiz concerne exclusivamente ao fato atribuído a um réu e não às conseqüências jurídicas do fato, relativamente às quais o Ministério Público tem, em relação ao juiz, apenas uma função consultiva.

Os meios de que se serve o juiz para preencher as lacunas da lei estão previstos na Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 4º:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

O Código de Processo Civil dispõe, no art. 126:

“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. (...)”

O Código de Processo Civil de 1939 tinha regras idênticas (arts. 113 e 114), trazidas do Código Civil suíço.

O Código de Processo Penal vigente, de 1941, consigna no art. 3º:

“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

O Projeto do novo Código repete o dispositivo supra com pequena alteração de redação, mas acrescenta:

“Art. 2º — ... Sempre que se tratar de instituto comum ao processo civil e ao processo penal, podem ser aplicadas as normas daquele para suprir as lacunas deste, ou para esclarecer o sentido e o alcance de seus preceitos.”

Se, por um lado, existe o reconhecimento legal de lacunas e nisso andou bem o Projeto, por outro, o preceito que remete à aplicação das normas do processo civil é por demais infeliz. Pelo que já ficou mostrado não há possibilidade de aplicação indiscriminada das regras de processo civil ao processo penal. Havendo possibilidades, em alguns casos, o preenchimento da lacuna legislativa deverá ficar por conta dos princípios gerais do direito processual, alicerçados nas fontes jurisprudenciais e doutrinárias. Admitir-se a regra expressa na parte final do referido art. 2º do Projeto é o mesmo que negar a existência de diferenças específicas entre os dois processos que pertencem a um gênero comum e impedir a evolução de modernas teorias gerais específicas e, em particular, no que diz respeito ao direito processual penal.

CONCLUSÃO

— O Processo Civil e o Processo Penal são dois ramos de um tronco comum. Impõe-se, portanto, a supressão da parte final do art. 2º do Projeto de Lei da Câmara nº 5, de 1978 (633-B/75, na Casa de origem), que se encontra no Senado Federal, em razão de sua incompatibilidade com as regras específicas existentes no processo penal.

Individualização da pena, circunstâncias legais e determinação do grau de periculosidade

MIGUEL REALE JUNIOR

1 — Individualização da pena

Tanto os provimentos do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, como a Lei nº 6.016, de 1973, modificativa do Código Penal de 1969, e a Lei nº 6.416, de 1977, que alterou o Código de 1940 ainda vigente, alçaram a periculosidade a centro do sistema de penas, cujo grau sujeitará a esta ou àquela forma de execução da pena.

No Código de 1969, cuja vigência está adiada, o casamento entre a culpabilidade, como grau de censura, e a periculosidade, ficou facilitado pela adoção do sistema vicariante, compatibilizando-se melhor a compreensão da periculosidade como critério da forma da execução da pena, sem relação com a aplicação de medida de segurança.

No atual código, as recentes modificações estabelecem a incômoda convivência do sistema do duplo binário (no qual a periculosidade presumida ou real visa apenas à aplicação de medida de segurança), com a nova visão da periculosidade, entendida como critério para definir a que forma de pena deve ser submetido o condenado, sem qualquer vinculação com a medida de segurança.

Sente-se mais profundamente esta simbiose da culpabilidade com a periculosidade na tarefa de individualização da pena, cumprindo ao juiz fixar, de acordo com seu livre convencimento, tanto o justo grau de censura como o grau de periculosidade.

A operação de individualizar a pena exige duas perspectivas, e neste ponto residem de modo essencial as dificuldades e méritos da nova lei que alterou o nosso estatuto penal.

O Código Penal alemão, cuja lei de reforma passou a vigor em 1975, no Título Segundo da Terceira Seção (art. 46), adita que “a culpa do autor é a base fundamental dada a individualização da pena”. Ressalta,

outrossim, que também deverão levar-se em consideração os efeitos que é de se esperar da pena sobre a vida futura do autor em sociedade.

No art. 47, possibilita-se a aplicação excepcional de penas curtas quando circunstâncias do fato ou do autor tornem dispensável a imposição da pena seja para *influir sobre o autor* como para *defender o ordenamento jurídico*.

Como se vê, a lei alemã estabelece como critério orientador da individualização da pena, não só a culpa, mas a finalidade, também almejada, de prevenção especial.

A lei alemã não se refere a periculosidade, mas apenas determina que a fixação da pena deve ser feita segundo os efeitos que a sua execução causará sobre a vida futura do condenado em sociedade. E como única conseqüência específica, tendo em vista a finalidade de reintegração social, ressaltada no art. 46, a lei alemã permite a aplicação excepcional de penas curtas.

A Lei italiana nº 354, de 26 de julho de 1975, relativa a organização penitenciária e a medidas alternativas, estabelece que o condenado à pena de *detenção* poderá ser confiado ao serviço social fora do instituto penitenciário. (Vide o trabalho de GIUSEPPE DI GENNARO e outros — *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milão, 1976.)

Este benefício não será concedido (art. 47) caso seja o agente reincidente específico e nas hipóteses dos crimes de roubo, extorsão ou seqüestro, e desde que a análise da personalidade do condenado, pelo prazo mínimo de três meses no instituto penitenciário, indique que esta medida é suficiente para sua reeducação e para prevenir o perigo de que cometa novos delitos.

Criou-se, também, o regime de semiliberdade que, fora a hipótese das penas inferiores a seis meses (art. 50), só poderá ser aplicado desde que cumprida metade da pena. E estatuiu-se a possibilidade de desconto da pena se o condenado revelar ter sofrido, enquanto preso, um processo de reeducação, não possuindo periculosidade.

Trata-se, por conseguinte, nestas hipóteses, de individualização da execução da pena, a ser realizada após o encarceramento e cumprimento de parte da pena, período em que é o condenado submetido a exame de personalidade e examinada concretamente a sua reeducação.

No atual Direito brasileiro, o condenado cumprirá pena em regime fechado, semi-aberto ou aberto, independentemente da natureza do crime ou da sua primariedade, e segundo, tão-somente, a sua periculosidade e um amplo critério relativo ao *quantum* da pena aplicada.

Prevalece, no entanto, a periculosidade como critério determinador da forma de execução da pena, periculosidade esta que deverá ser deduzida pelo juiz *ao individualizar a pena*, de acordo com um juízo fundado em seu livre convencimento, norteadado pelas circunstâncias jurídicas e legais.

Desse modo, a individualização da pena, compreendendo tanto o grau de reprovabilidade do fato e do seu autor, como a periculosidade, é matéria que tem tratamento *sui generis* no Código Penal brasileiro.

2 — Circunstâncias legais e grau de periculosidade

É certo que as circunstâncias judiciais possuem amplo espectro, atuando como critérios válidos, seja para análise do grau de censura, seja como indicativos da periculosidade.

Cumprе indagar se esta dupla função das circunstâncias judiciais prevalece igualmente quanto às circunstâncias legais ou se, por serem previamente designadas como agravantes ou atenuantes, relacionam-se, tão-somente, com a justa retribuição a ser imposta.

Enquanto as circunstâncias judiciais são enunciados genéricos, as legais revestem-se de tipicidade, e constituem paradigmas de modalidades das condutas, construídos em função de valores.

Isto quer dizer que as circunstâncias legais constituem um preceito acessório de significado também imperativo. As circunstâncias agravantes dirigem aos destinatários um comando que se acresce à norma penal incriminadora, possuindo o seguinte sentido, por exemplo: não cometa um crime por motivo torpe, pois a pena será aplicada com uma agravação. As circunstâncias atenuantes têm um significado negativo: não cometa qualquer delito, mesmo que seja menor de 21 anos, mas, se o cometer, esta circunstância será levada em conta para atenuar a pena.

As circunstâncias agravantes, revestidas de tipicidade, tutelam valores, cuja positividade se impõe. Em um crime de lesão corporal praticado por motivo fútil, pune-se o desrespeito à integridade física, enquanto um valor consagrado pelo tipo penal constitutivo, e, ao mesmo tempo, pune-se o menosprezo ao equilíbrio que deve presidir as relações humanas, necessário à convivência social, tutelado pelas circunstâncias agravantes do motivo fútil.

Cumprе, por conseguinte, para se verificar a configuração de uma circunstância, realizar-se a análise da adequação típica da conduta, em sua particular modalidade, ao descrito no preceito acessório.

As circunstâncias agravantes não são apenas índices de maior culpabilidade a exigir censura mais grave do agente. Tanto o grau da culpabilidade como o grau de periculosidade devem, a meu ver, ser inferidos através das agravantes.

Para ANIBAL BRUNO “o que fundamenta as agravantes não é a perigosidade do agente, mas a sua acrescida culpabilidade. No sistema do nosso código, a perigosidade criminal, como já vimos, não penetra na graduação da pena, seu domínio é o das medidas de segurança”. (*Direito Penal*, T. II, pág. 157.)

Cumprе considerar, todavia, que já no Código de 1940, a periculosidade real do agente deveria ser reconhecida (art. 77) “se a sua perso-

nalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”.

Decorre da simples análise deste texto, em confronto com o editado no art. 42, que as circunstâncias judiciais, e, por conseguinte, também as legais, que daquelas são especificações, devem ser enfocadas sob outro ângulo, com vistas a uma prognose de novas atitudes delituosas.

Desse modo, se para o legislador de 1940 o fundamento das agravantes é o grau de censura, por desrespeito a um valor, revelando-se maior a reprovabilidade do agente, nem por isso, deixou-se de considerar as mesmas circunstâncias como índices de possível verificação da periculosidade real, com a conseqüente aplicação de medida de segurança.

Mais precisa, no entanto, deve ser a conclusão diante da Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, modificativa do Código Penal de 1969 e da lei de maio de 1977, que alterou o sistema de penas do Código de 1940.

A periculosidade real, em ambas as leis, foi desvinculada da aplicação de medida de segurança, dizendo respeito à individualização da pena, pois o grau de periculosidade define a forma de execução da pena.

Basta examinar algumas circunstâncias agravantes para surgir o convencimento de que, se sempre revelam uma maior reprovabilidade do agente, muitas vezes são índices de periculosidade, desde que se tenha uma perspectiva diversa:

a) o motivo fútil impõe, sem dúvida, que haja maior censura ao agente, mas, ao mesmo tempo, pode revelar maior periculosidade;

b) aproveitar-se da oportunidade de uma desgraça ou de calamidade pública é altamente reprovável, ao mesmo tempo que pode mostrar ser o agente um criminoso à espera de ocasiões que facilitem a sua ação, sendo possível prever-se novas atitudes delituosas;

c) ao submeter a vítima a tortura, demonstra-se uma insensibilidade digna de grave censura, assim como a má personalidade, sintomaticamente revelada, induz à previsão de que esta pessoa poderá vir a desrespeitar ampla gama de valores, dada a sua insensibilidade moral.

As atenuantes, por sua vez, se indicam uma menor reprovabilidade, nem por isso, são critérios através dos quais se deduz a um menor grau de periculosidade.

Basta exemplificar com a hipótese do crime cometido sob coação a que se podia resistir, fato que, se merece menor censura, pode mostrar, no entanto, ter o agente menor condição de enfrentar situações adversas, sendo de se prever de sua parte novas atitudes delituosas em ocasiões semelhantes. Revive-se assim a aporia que estigmatiza o moderno Direito Penal, qual seja, a uma menor culpabilidade pode corresponder uma maior periculosidade e vice-versa.

A prescrição retroativa e a Lei n.º 6.416, de 24-5-77

NILO BATISTA

Preocupa-nos, na reflexão que se segue, uma questão de direito intertemporal colocada pela Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, ao criar o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a seguinte redação:

“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.”

Pretendemos afirmar que um réu, cujo delito tenha sido praticado **antes do dia 24 de maio de 1977**, poderá arguir a prescrição pela pena em concreto, desde que entre o **fato** e a **denúncia** tenha transcorrido tempo suficiente para caracterizar o lapso prescricional, regulado pela pena aplicada em sentença de primeiro grau com trânsito em julgado para a acusação.

Contra tal conclusão, podem ser opostas duas ordens de argumentos:

1ª — no sentido de que a prescrição pela pena em concreto não alcança o período compreendido entre o fato e o recebimento da denúncia;

2ª — no sentido de que, com o advento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, criando o § 2º do art. 110 do Código Penal, existe proibição expressa a respeito.

Fácil é demonstrar a insubsistência de ambas as objeções.

Quanto ao cabimento da consideração do período compreendido entre o fato e a denúncia, nos casos de prescrição pela pena em concreto, antes da reforma da Lei nº 6.416, de 24-5-77, é sabido que o Supremo Tribunal Federal, em fins de 1975, alterara sua orientação de 1972, retornando a um mais amplo emprego da Súmula nº 146, dela extraindo todas as conseqüências lógicas.

Assim, no HC 53.299, julgado pelo Pleno, tendo como relator o eminente Ministro CORDEIRO GUERRA:

“A prescrição pela pena concretizada, de que trata a Súmula 146, retroage, tanto ao período regressivamente contado da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso. Restabelecimento da orientação do Supremo Tribunal anterior a 1972, que dava interpretação compreensiva à referida Súmula e dela extraía todas as conseqüências lógicas.” (DJ 4-6-76, pág. 4042.)

Também no HC 54.485, por igual decidido pelo Pleno, do qual foi relator o eminente Ministro RODRIGUES ALCKMIN:

“A nova orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição da ação penal, com base na pena *in concreto*, tanto quanto ao período contado regressivamente da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso.” (DJ 12-11-76, pág. 9821.)

Nessa mesma linha, poderíamos mencionar: HC 54.553, Ministro CORDEIRO GUERRA, DJ 12-11-76, pág. 9821; HC 53.712, Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, DJ 8-7-76, pág. 5112; HC 53.779, Ministro CORDEIRO GUERRA, DJ 26-12-75, pág. 9638; HC 53.448, Ministro CORDEIRO GUERRA, DJ 20-2-76, pág. 1083. No Tribunal Federal de Recursos: HC 3.695, Ministro JARBAS NOBRE, DJ 10-2-76, pág. 753; AC 2.700, Ministro OTTO ROCHA, DJ 26-8-76, pág. 6420.

Não cabe dúvida, portanto, quanto à extensão que, imediatamente antes da reforma introduzida pela Lei nº 6.416, de 24-5-77, era conferida aos dispositivos legais (art. 110, parágrafo único) que embasavam a criação da Súmula nº 146: alcançavam eles as hipóteses em que o lapso prescricional fluíra entre o fato e o recebimento da denúncia.

Resta por examinar a objeção segundo a qual a reforma introduzida pela Lei nº 6.416, de 24-5-77, impede explicitamente a consideração de período anterior ao recebimento da denúncia. É bastante elementar a impropriedade da objeção: a Lei nº 6.416, de 24-5-77, no que tange à prescrição pela pena em concreto, é *lex gravior* em comparação com a antiga redação do art. 110 e seu parágrafo único do Código Penal, e não pode ser aplicada a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

A prescrição é instituto de direito material; pertence pois ao direito penal. Quem no-lo afirma, repetindo lição comum da doutrina brasileira, é ANTÔNIO RODRIGUES PORTO, em sua excelente monografia:

“A prescrição penal pertence ao direito material ou substantivo, e não ao formal ou adjetivo, embora algumas de suas conseqüências imediatas (sobre a ação penal e a condenação) pertençam ao direito processual.” (*Da prescrição penal*, S. Paulo, 1977, pág. 29.)

Como instituto de direito penal, está ela sujeita às regras que disciplinam a lei penal no tempo, a mais comezinha das quais reside na proibição de retroatividade da *lex gravior*.

Por essa razão, os autores que examinaram precisamente a matéria de que ora nos ocupamos são unânimes em proclamar que a Lei nº 6.416, de 24-5-77, não rege a prescrição pela pena em concreto de fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

Assim, DAMASIO E. DE JESUS:

“Comparando-se os dois dispositivos, vê-se que o primitivo parágrafo único do art. 110 era mais liberal que o da nova lei. Diante disso, no conflito intertemporal, prevalece a ultra-atividade da lei mais benéfica. Em consequência, a Súmula nº 146 e o art. 110, parágrafo único, do Código Penal, continuam a regular as hipóteses de infrações cometidas antes de entrar em vigor a lei nova.” (O novo sistema penal, S. Paulo, 1977, pág. 165.)

Na mesma linha, PAULO JOSÉ DA COSTA JR.:

“A lei antiga (art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940), que serviu de base legal para a interpretação ampliativa da Súmula nº 146, por ser mais benéfica, é ultra ativa. Por isso que mais severa que a anterior, a nova lei, no que alterou o art. 110, não retroage, não devendo ser aplicada aos fatos cometidos antes da data de sua vigência.” (A nova lei penal, S. Paulo, 1977, pág. 75.)

Como bem assinala DAMASIO E. DE JESUS, “não se trata de confrontar a Súmula nº 146 com os novos dispositivos”, e sim o antigo texto legal, “que permitia o princípio sumular com todas as suas consequências” e o novo texto legal, que restringiu o alcance daquele princípio (op. cit., pág. 165).

A Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo criou um Grupo de Trabalho que veio a produzir o que se chamou de Anotações ao Novo Sistema Penal. Eis a Anotação nº 11:

“A interpretação do antigo parágrafo único do art. 110 do Código Penal, objeto da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, por ser mais favorável ao réu (Constituição Federal, art. 153, § 16), aplica-se às infrações cometidas antes da vigência da Lei nº 6.416/77.” (Apud PAULO JOSÉ DA COSTA JR., op. cit., pág. 75.)

Recentemente, o Procurador-Geral da República, no processo PGR nº 34.246/78, onde se propunha arguição de inconstitucionalidade

dade da inovação trazida pela Lei nº 6.416/77 na matéria, proferiu o seguinte despacho:

“Não é inconstitucional o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.416, de 24-5-77, eis que não determina aplicação retroativa do preceito nele consignado. Publique-se. Arquive-se. Brasília, 15 de maio de 1978.
a) **Henrique Fonseca de Araújo.**” (DJ 24-5-78, pág. 3617.)

Se esta é a posição de tão expressivos e autorizados segmentos do Ministério Público, outra não é aquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RHC 55.233, que teve por relator o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, estabeleceu a 2ª Turma da Corte Suprema o pensamento resumido na seguinte ementa:

“Prescrição pela pena concretizada na sentença (Súmula nº 146). Retroação ao período compreendido entre o fato criminoso e o recebimento da denúncia, admitida pela jurisprudência anterior a 1972, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal restabeleceu no RHC 53.712, de 29 de outubro de 1975. Inaplicabilidade da nova Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que acrescentou o § 2º do art. 110 do Código Penal, por lhe ser anterior, no caso, a fonte da prescrição pela pena concretizada, vale dizer, o trânsito em julgado da sentença condenatória. **Habeas corpus** concedido.” (DJ 12-9-77, pág. 6168; RTJ 83/35.)

O princípio da irretroatividade da Lei nº 6.416, de 24-5-77, no que respeita ao assunto sob exame, foi reafirmado no RHC 55.294, relator o Ministro SOARES MUÑOZ, embora aplicando limitadamente o princípio sumular (DJ 18-11-77, pág. 8233). Também no julgamento do HC 56.144, do qual foi relator o Ministro MOREIRA ALVES, afirmou a Corte Suprema que “a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, não se aplica retroativamente contra o réu, no que diz respeito à prescrição”. (DJ 30-6-78, pág. 4845.)

Em suma e conclusão, não se pode aplicar o texto reformado a fatos anteriores à vigência da reforma, e essa proibição tem implicações de ordem constitucional. E, ao se aplicar o texto antigo do art. 110

e seu parágrafo único do Código Penal de 1940, interpretado cristalizadamente na Súmula nº 146, é forçoso aderir ao último entendimento da Corte Suprema a respeito, que verdadeiramente dele extraía a inevitável conseqüência de estender a prescrição pela pena em concreto tomando como referência o lapso decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia.

A prescrição é uma instituição de direito penal e, pois, de ordem pública são as regras a ela referentes. Baseia-se, fundamentalmente, em que o transcurso do tempo faz apagar o interesse estatal na persecução do delito, como ensina WENZEL (“Der Ablauf der Zeit bringt einmal das staatliche Interesse an der Strafverfolgung zum Erlöschen” — in **Das Deutsche Strafrecht**, Berlin, 1969, pág. 261); no mesmo sentido, ANTOLISEI se refere à atenuação do interesse estatal pelo “decorso del tempo” (**Manuale di Diritto Penale**, PG, Milão, 1969, pág. 588). O nosso HUNGRIA dizia que “o decurso do tempo apaga a lembrança dos fatos como a distância esfuma o relevo das coisas” (“Extinção da punibilidade”, in **Novas questões jurídico-penais**, Rio, 1945, pág. 112).

Nem é criada para favorecer os réus, nem se funda, como lembrava VON LISZT, em alguma força mística do tempo (“Einer mystischen Kraft der Zeit” in **Lehrbuch des Deutschen Strafrecht**, Berlin, e Leipzig, 1919, pág. 276). Obedece a considerações práticas sobre aquilo que SOLER chama de “inconveniencia de una represión muy tardia”, (**Derecho Penal Argentino**, B. Aires, 1970, v. II, pág. 451).

A prescrição significa — é lição de PETROCELLI — uma afirmação do legislador no sentido de que a renúncia à pena, depois de certo período de tempo,

“importi un vantaggio sociale che supera quello della sua applicazione” (**Saggi di Diritto Penale**, Padova, 1965, v. II, pág. 27).

A prescrição tem cidadania legal e convive com a experiência judiciária. Sua ocorrência não representa necessariamente um atestado de desídia sobre as repartições policiais ou forenses; seus efeitos não constituem um fato intolerável, um objeto de lamentação. Triste planeta aquele em que se tenha mais medo da prescrição do que da pena.

O Projeto do Código de Processo Penal e a “Carta de Belo Horizonte”

NILZARDO CARNEIRO LEÃO

No Seminário Nacional de Debates Sobre a Reforma Processual Penal, o Projeto do Código de Processo Penal foi exaustivamente analisado por professores das Universidades da Bahia, Goiás, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, além da participação de juizes, advogados, representantes do Ministério Público, autoridades policiais mineiras, e, ao final do conclave, em 25 de novembro de 1977, foram formuladas, através de um documento denominado “Carta de Belo Horizonte”, as conclusões básicas nascidas daquele encontro (cf. **Rev. Interamericana de Direito Processual Penal**, Ano II, v. 8/77).

Na mesma época, após louvável e intenso trabalho da Comissão Especial do Código de Processo Penal, que possibilitou o mais amplo debate para o aperfeiçoamento do referido projeto, era o mesmo aprovado pela Câmara dos Deputados e sua redação final divulgada pela mesma Comissão em 29 de novembro, quando já encerrados os trabalhos do mencionado Seminário.

Agora, ao se realizar o 2º Encontro Preparatório ao VI Congresso Nacional de Ciências Penais, é de se ver se nessa redação dada pela Câmara dos Deputados ao projeto foram aceitas as observações formuladas em várias oportunidades pelos estudiosos e interessados no assunto, quer através de conferências feitas perante a Comissão Especial do Código de Processo Penal, quer da aprovação ou rejeição das emendas apresentadas pelos legisladores, ou, finalmente, nos sucessivos encontros realizados em Pernambuco (Simpósio Sobre o Projeto do Código de Processo Penal), São Paulo (Jornadas de Processo Penal) e Minas Gerais (Seminário Nacional de Debates Sobre a Reforma Processual Penal) e esteriorizadas na “Carta de Belo Horizonte”.

1 — O aperfeiçoamento científico de institutos

a) em relação à ação penal, voltou a ser adotada a ação penal privada subsidiária, que inexistia no Projeto nº 633/75, aprovada que foi a Emenda nº 6 do Deputado BONIFÁCIO NETO.

Ao nosso ver, nenhuma razão existe para a permanência da queixa-crime subsidiária, ou prorrogação do direito de queixa, ante a atual constituição do Ministério Público e seu mecanismo de correição.

A queixa-crime subsidiária jamais teve realce no vigente Código de Processo Penal, pela inutilidade prática das suas regras, pelo que a inclusão na redação final constitui um retrocesso em relação ao projeto original;

b) os §§ 2º e 3º do art. 90 estão em conflito com o princípio da indesistibilidade da ação penal por parte do Ministério Público (§ 3º do art. 5º);

c) a garantia constitucional da plenitude de defesa do acusado, com todos os meios e recursos essenciais e exteriorizada no art. 16 do projeto, impede **composições** referentes ao seu exercício, tanto mais quanto se admite ao indiciado **concordar** com a alternativa do pagamento da pena de multa, o que é reconhecimento de culpabilidade, para obter a perempção (§§ 2º e 3º do art. 90), ainda que sem assistência de advogado, que é facultativa.

Como se aceitar a perempção da ação penal pública com a desistência **tácita** do exercício da pretensão punitiva e dos poderes inegociáveis da defesa (§ 1º do art. 230)? Nem o direito de defesa pode ser transigido, nem a assistência do defensor é faculdade concedida ao indiciado, principalmente para realização de um ato que é o reconhecimento da culpabilidade;

d) no § 3º do art. 90 retira-se do juiz o livre convencimento, obrigando-o a homologar, pela perempção, o **acordo** firmado entre Ministério Público e indiciado, ainda que convencido da inexistência da infração ou de ser o mesmo o seu autor pois que a ele, na oportunidade, caberá tão-só analisar do seu cabimento na hipótese; estando essa satisfeita e concordando o indiciado com a condenação imediata da multa, deverá obrigatoriamente julgar extinta a punibilidade.

Este posicionamento vai contrariar a orientação do projeto, conforme se vê do nº IV do art. 291 (também criticável) e principalmente porque é dever do juiz assegurar **efetivamente** o princípio do contraditório e da igualdade das partes (art. 66);

e) o art. 116 cuida da admissão do assistente do Ministério Público. No entanto, os §§ 5º, 6º e 7º do mesmo dispositivo tratam de litisconsorte.

E assistência e litisconsórcio são institutos diversos. Se o que se pretende é aproximar conceitos do processo penal e do processo civil, é de ser visto que o litisconsórcio do projeto não é mais do que uma assistência. E bem diferente do estabelecido no Código de Processo Civil;

f) da mesma forma que o projeto repetiu no art. 292, II, o constante no art. 231, relativamente à extinção do processo, deveria, por harmonia, incluir como inciso III o contido no § 2º desse mesmo dispositivo, isto é, *extinção do processo sem julgamento de mérito, pelo reconhecimento da coisa julgada*;

g) repetimos o já afirmado em trabalho anterior: sob o ponto de vista técnico, é equívoca a colocação da matéria do art. 230, pois no **caput** do dispositivo se faz referência expressa à perempção nos casos de ação penal privada, enquanto o seu § 1º diz respeito à mesma causa extintiva de punibilidade (perempção) na ação penal pública. Além do mais, o conceito de perempção aí inserido está fora do que é tranquilamente aceito no processo penal brasileiro, pois decorrerá da **desistência** (!) do exercício do direito de defesa. Isso é um traço inaceitável da privatização com que se pretende contaminar o processo penal;

h) ainda em relação ao capítulo relativo à extinção do processo, três outras hipóteses previstas no projeto deixaram de ser referidas: a do § 2º do art. 354 a do § 4º do art. 403 (na redação final houve alteração do original: não são duas faltas do advogado do querelante que motivará a perempção, mas o seu não comparecimento apenas uma vez, à audiência) e a do § 1º do art. 631 (!);

i) no que tange à **revisão especial** (arts. 748 e segs.) e à **declaração de inexistência de citação em virtude de falsidade** (arts. 751 e segs.), temos dúvida sobre sua efetiva utilização e aplicabilidade. É que ambos os procedimentos visam a comprovar a nulidade da citação, que é tratada no projeto como de pleno direito (art. 220, II) e ocorrente em processo de que resultou condenação, podendo ainda ser argüida no curso da ação penal (art. 751, § 1º).

Mas, os incisos VII e XII do art. 756, referentes ao **habeas corpus**, tratam exatamente do cabimento dessa medida "quando o processo for manifestamente nulo" ou "quando a sentença condenatória tiver sido proferida em processo once ocorreu alguma das nulidades previstas no art. 220"; ora, claramente, ante o procedimento rápido do **habeas corpus** para sustar a ameaça ou cerceamento à liberdade de locomoção, na prática, não se verá preferir àqueles procedimentos da **revisão especial** ou a **declaração de inexistência de citação em virtude de falsidade**?

Melhor seria, frente à regra genérica estabelecida no art. 231 ("declarada a nulidade ou decretada a anulação do ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes que dele dependem etc..."), que para o contido nos arts. 748 a 754 fosse buscada outra fórmula para o estabelecido no projeto, com o que se suprimiriam dois tipos de procedimento, que já são excessivos no futuro diploma processual penal. Afinal, na atualidade, já não se concede medida liminar em **habeas corpus**?

Por outro lado, o art. 751 cogita da **citação** de defensor dativo do réu. Nos arts. 169 e segs., porém, quando se cuida desse ato de comunicação processual, em momento algum é tratada a citação de defensor dativo. E a norma do art. 751 não conflita com o estabelecido no direito civil referentemente ao mandato?

]] finalmente, o parágrafo único do art. 178 do projeto ensejará a procrastinação do processo, apesar de ter sido elaborado com o objetivo de aceleração do ato processual.

2 — A linguagem do texto aprovado

O problema da linguagem no Direito, embora relegado a plano secundário, é de excepcional importância para compreensão e precisão de conceitos. A formação de um conjunto (e o direito processual é um sistema conjuntural dos quais o processo penal e o processo civil nada mais são do que subconjuntos) tem de encontrar, no seu universo, proposições individuais que se compreendam através de uma conexão terminológica.

Para construir um sistema, ou melhor dizendo, para diferenciar os múltiplos universos do conhecimento (científico) o homem **utiliza palavras, expressões, termos, construções gramaticais especiais** etc. Já HEGEL, demonstrando que a linguagem é o momento de ter o homem a percepção do seu ser, destaca que "a linguagem dá às sensações, instituições ou representações uma segunda existência, mais alta do que a imediata, uma existência que tem vigor no domínio da representação" (Enc. § 459, in **Introdução ao pensar** de A. BUZZI, pág. 210).

Da maior importância o estudo da linguagem, sua exata aplicação e utilização e, conseqüentemente, da terminologia, para precisar o saber científico, distinguindo cada ramo do conhecimento e seus conceitos. O falar, o valorar palavras e criar significados constitui uma das dimensões **do ser-no-mundo**. Fundamental para qualquer ramo da ciência são a segurança e a harmonia conceituais, porque através dos termos será

possível a construção não só de estruturas, como de técnicas de desenvolvimento e compreensão do saber. A linguagem é o instrumento científico para se ter acesso à essência da unidade, dos princípios, do sistema construído ou que se pretende construir, representando sempre significações. Ela é o ponto-meio entre o mundo de cada um e o mundo circunstancial. Precisou sabiamente M. HEIDEGGER a função da linguagem, quando disse que a palavra é a casa do ser. É o que conclui BUZZI ao dizer: "Estar na palavra, colocar-se sob seu teto, para acolher em seu espaço definido a doação do sentido-do-ser, deixar-se aperfeiçoar-se por esse sentido é habitar a palavra, é morar na linguagem." (Ob. cit., pág. 209).

Talvez seja este, na atualidade, o mais importante estudo que se possa fazer para a compreensão do Direito e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico: a exata utilização da linguagem, vez que a lei é "la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)", no dizer de AFTALIÓN, OLANO Y VILANOVA (**Introducción al Derecho**). Assim, há necessidade da compreensão do sentido da linguagem no âmbito do Direito, que se torna indispensável à correta aplicação das normas. (1)

A linguagem de um Código de Processo Penal tem que ser, acima de tudo, prática, precisa, clara, objetiva e conceitualmente exata. Tanto quanto possível, que sejam evitadas a vaguidade, a multivocidade, as sinonímias, as expressões que dificilmente chegarão a todas as camadas sociais as quais se destina o texto legal.

Não cabe neste trabalho um maior detalhamento sobre a matéria, mas, convém destacar que J. GUARNIERI (**La influencia del Derecho Civil en el Derecho Penal**) já advertia sobre a tirania da linguagem jurídica e que, a precedência de desenvolvimento das ciências do direito privado terminou monopolizando a terminologia imposta aos demais ramos do Direito, com o que resultou confusão de conceitos e esquemas ideológicos. CARNELUTTI em dois de seus trabalhos (**Introduzione all estudio del Diritto e Metodologia del Derecho**), destacava a necessidade de valoração da palavra.

(1) Na atualidade, uma rica bibliografia cuida do assunto, seu estudo e importância: v. **Dicionário de Filosofia**, de WALTER BRUGGER, Ed. Herder, S. P. 969; **Linguagem e conhecimento**, de ADAM SCHAFF, Liv. Alameda Coimbra, 964; **Filosofia da linguagem**, de P. W. ALSTON, 2.ª ed. Zahar Editores, 977; **Psicologia da linguagem**, de ROBERT F. TERWILLIGER, Ed. Cultrix, SP, 974; **Introdução ao pensar**, de ARCANGELO R. BUZZI, Ed. Vozes, 5.ª ed., 1972; **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, de LOURIVAL VILANOVA, Ed. Rev. Trib. SP, 977; **Sobre los límites del lenguaje normativo e Notas sobre derecho y lenguaje**, de Genaro Carrió, Ed. Astrea B.A. 973 e Ed. Abeledo-Perrot, B.A. 6.ª imp. 976; **Derecho y incertidumbre**, de JEROME FRANK, Centro Editor de América Latina B.A., 968; **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**, de SANTIAGO SANTIS MELENDO, Ed. Jur. Europa-América B.A., 978; **Lenguaje jurídico e realidad**, de KARL OLIVECRONA, Centro Editor de América Latina B.A. 968, etc.

A redação dada ao Projeto do Código de Processo Penal é passível, sob esse aspecto, de várias observações:

a) o art. 9º diz não ser admitida ação penal sem **indícios veementes de autoria**; no seu parágrafo único, que a acusação que não tiver **fundamento razoável** etc., será rejeitada de plano por ausência de justa causa, usando a mesma expressão (fundamento razoável para rejeição da acusação) no caso de impronúncia, art. 982, o que é contraditório, referindo-se ainda em **fundadas suspeitas** (para a prisão em flagrante), § 1º do art. 485.

Ao nosso ver houve inadvertência do legislador em usar tais expressões, todas, ao que parece, com idêntico sentido, ou então duas iguais expressões com significados diversos. Porque, objetivamente, difícil será distinguir os dois sentidos, que, se representam uma mesma coisa, deveriam ser exteriorizadas com iguais formas;

b) usa a expressão **constituição do processo** como sinônimo de **formação do processo**, já consagrada no Código de Processo Civil (arts. 262 e segs.), esta última de melhor conteúdo técnico e científico. Além do que **constituir** e **formar** não podem ser entendidos com igual significado;

c) no art. 15 está a se exigir o que não é possível: como na notícia do crime poderão saber, mesmo as autoridades, o tempo e o modo da execução do fato, quando isso depende de conhecimentos técnicos de perícia? Está havendo uma inversão de conhecimento, com leigos emitindo juízos de valor que só podem nascer de aprendizagem científica;

d) o art. 14, inc. II, nos parece apresentar uma forma de violação de sigilo profissional (art. 34 do Código de Ética Médica: "O médico está obrigado, pela ética e pela lei, a guardar segredo sobre fatos de que tenha conhecimento por ter visto, ouvido ou deduzido no exercício de sua atividade profissional."). A matéria se nos apresenta complexa ante as várias disposições legais do direito positivo brasileiro. Veja-se o art. 144 do Código Civil: "Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo"; ou o art. 406 do Código de Processo Civil: "A testemunha não é obrigada a depor de fatos: II — a cujo respeito, por estado ou profissão deva guardar sigilo." No mesmo sentido o Código Comercial, art. 56.

É bem verdade que a redação dada ao art. 154 do Código Penal não se nos apresenta tão radical. Sobre a matéria convém destacar o afirmado pelo Prof. HILTON ROCHA: "Como vemos, o Código Civil e o

Código Penal deixam a critério do próprio médico a indiscrição. Não é obrigado a revelar o segredo, mas não é impedido de fazê-lo, quando **justa causa** houver. E não especificam **justa causa**" (Ética Médica, "A responsabilidade médica diante das leis penais e dos preceitos da Ética", pág. 294). Certo é que o Código de Ética Médica em seu art. 38 expressamente dispõe que a revelação do segredo médico faz-se necessária, entre outros casos: "de crime pelo qual vá expiar um inocente, e o cliente culpado não se apresenta à justiça, mesmo após os conselhos do médico", ou "em face de abortadores profissionais, ressalvados os interesses do cliente".

O assunto é delicado, e fazemos nossas as palavras do consagrado médico mineiro: "Sentimos sagrado o sigilo profissional. Os fatos, as ocorrências, os males que o médico, como o sacerdote, descortina, devem ser esquecidos, para que não traiamos o juramento de Hipócrates" (ob. cit., pág. 295);

e) a expressão **foro de delito** (art. 107) carece de maior abrangência: e se o réu tiver praticado tão-só uma contravenção? O termo infração não será mais completo e preciso? O mesmo se dá com a expressão **distrito da culpa**, outra péssima construção utilizada no projeto, pois culpa não tem distrito e nem mesmo podemos de plano saber se houve **culpa**, isto é, infração. Além do mais, **distrito** é expressão técnica e precisa do direito público (administrativo);

f) o art. 203 merece correção: a busca domiciliar não poderá consistir apenas na "procura material feita **portas adentro de casa**" (expressão não mais utilizada, à semelhança de **fora de portas**, que significava além dos limites da cidade), pois, do contrário, o material poderá estar guardado no terreno do imóvel e não poderá ser apreendido, pois o mandado não pode determinar a busca **portas a fora**... O sentido figurado empregado deve ser substituído, a fim de que, na prática, não sirva para interpretações cavilosas;

g) não há razão de ordem lógica ou científica para se destacarem as **perícias especiais** (arts. 384 e segs.). Toda perícia demanda conhecimento especializado. Assim, os Capítulos IX e X do Livro IV poderiam ser englobados em um único, a que se denominaria **Das Perícias**, contendo as disposições gerais e o que no projeto se denominou de perícias especiais;

h) o art. 437 continua praticamente sem ser entendido: remonta à hipótese do art. 413, § 2º, letra **b**, que por sua vez remete para a letra **b** do § 1º do mesmo artigo. Poderia ter havido uma construção mais ló-

gica e racional. Em técnica legislativa, remissões sobre remissões constituem defeito grave, por dificultarem a interpretação da lei;

i) o art. 476, § 2º, letra **a**, cuida da **prisão preventiva domiciliar** (!) quando o juiz verificar, pela **notória honorabilidade do réu** etc. . . . Qual o exato sentido que, na prática, será dado a essa expressão? Parece-nos ser ela de natureza elitista e que somente beneficiará os bens favorecidos, pois, em regra, essa é a medida da honra em nossa sociedade. E, com isso, cada vez mais, os economicamente fracos ficarão distanciados dos benefícios da lei. A interpretação dará margem a um sistema de privilégios que o princípio da isonomia não pode tolerar;

j) manteve-se no projeto, em relação ao flagrante, as expressões **logo após** e **logo depois** (art. 482, letras **a** e **b**) que não diferem de significação, mas que pelo uso da sinonímia, poderá continuar motivando conceitos diversos em relação ao tempo da prisão;

l) cuidando da **questão prejudicial**, ainda em uma forma não condizente com a evolução científica do instituto, trata o projeto de questão de **difícil solução**, expressão sem qualquer significado objetivo. A construção é de exclusivo conteúdo subjetivo, o que pode gerar a insegurança;

m) em relação aos efeitos civis da sentença penal, matéria intimamente relacionada com a **questão prejudicial** e os efeitos da **coisa julgada**, usa o projeto de mais uma expressão eivada de vacuidade, que é a de ensejar ação civil para efeito de reparação, quando não houver sido **categóricamente reconhecida** a inexistência material do fato.

Para maior valoração e ilustração do presente trabalho convém a leitura das observações feitas por dois ilustres professores do Paraná, FERNANDO FOWLER e ANTONIO ACIR BREDA ("Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma" e "Reparos à terminologia do Projeto do Código de Processo Penal", publicados na **Revista do MP**, ano V, nº 7, Novembro/77 — Curitiba).

3 — O princípio da legalidade e preservação das garantias do "devido processo legal"

Na exposição do presente trabalho, ao fazermos a análise dos diversos dispositivos do projeto, fizemos referência à importância dessa conclusão, intimamente ligada à tipicidade nas normas do processo e que, no mesmo, fica nebulosa muitas vezes em razão da própria imprecisão da linguagem empregada (v. tb. trabalho nosso — **Princípios do Processo Penal**, Imp. Univ., Recife, 1961. V. tb. ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "Defesa do acusado e julgamento prévio em nosso novo Processo Penal", in **Rev. Ciência Penal**, ano III, nº 1/76).

4 — O reexame da posição do Ministério Público

Mantém-se em aberta discordância o posicionamento dos signatários da "Carta de Belo Horizonte", mesmo após a aceitação de diversas emendas e a redação final do projeto.

5 — A revisão dos seguintes aspectos:

a) art. 250: manteve a redação final (art. 248) o **sigilo e a incomunicabilidade por interesse da sociedade**, que não se coaduna com o Estado de Direito e as franquias democráticas, tendo sido sugerida sua supressão desde 1965;

b) art. 255, § 3º: foi mantido (art. 265, § 2º) o pagamento de custas, taxas e emolumentos, para que possa se concretizar a atividade da Polícia, o que, além de impedir os pobres de recorrerem às autoridades policiais, servirá como mais um elemento de corrupção para o organismo policial;

c) art. 294: a especificação dos meios de prova configura garantia processual que não pode ser enfraquecida pelo uso de meios não expressa e previamente estabelecidos. A redação final do projeto, art. 295, retirou o constante no original, de servir como meios de prova não só os legais, "como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código".

Mas, não bastam que eles sejam legais, para garantia do princípio da legalidade e respeito à dignidade do indiciado ou acusado. Impõe-se que sejam eles **previamente estabelecidos em lei**, principalmente em um País como o nosso, onde o casuismo e as modificações das normas ficam a critério do grupo dominante do poder;

d) art. 298, § 2º e 111 — na redação final arts. 299, § 2º, e 108: a revelia não pode resultar do descumprimento dos deveres impostos ao réu. A redação mantida vai de encontro ao conceito de revelia no processo penal e não leva em conta a realidade brasileira;

e) arts. 307, 308 e 315, que correspondem a idênticos artigos na redação final: "Há que se assegurar a plenitude do direito ao silêncio do réu, não podendo este silêncio, a ocultação, a fuga ou a revelia constituir elemento para a convicção do juiz" (v. ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Interrogatório do réu e direito ao silêncio", in **Ciência Penal**, ano III, nº 1/76);

f) art. 418, V — na redação final art. 416, V: "O réu deve ser beneficiado pela sentença absolutória, quando haja circunstância excludente da infração penal ou da pena, ainda que inexista **prova plena** destas causas". Esta conclusão, inserida na "Carta de Belo Horizonte" e decorrente daquele dispositivo, merece ser melhor observada, para asseguramento do princípio de presunção de inocência, consagrado inclusive na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

6 — Processo cautelar

Com a adequação do projeto às disposições constantes da Lei nº 6.416/77, não só ficou a prisão cautelar restrita aos casos absolutamente necessários, como também ampliada foi a possibilidade da contracautela, embora haja ainda no projeto graves imprecisões e desigual tratamento dos custodiados processualmente, observações já anteriormente feitas e destacadas neste trabalho.

7 — Procedimentos especiais

O Tribunal do Júri, mantido com sua soberania na redação final do projeto, merece algumas observações:

a) art. 669: Júri Regional — A inovação vai de encontro à própria razão da existência da instituição. Além do mais, fere a regra da legalidade, da anterioridade da lei, ao declinar para as leis de organização judiciária dos Estados sua criação, além de vir de encontro à Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977;

b) a forma de julgamento adotada pelo Tribunal do Júri na redação final do Projeto (arts. 725 e segs.) com o que se procurou aproximar a instituição do nosso País ao sistema anglo-americano, o que não constava do projeto original (arts. 727 e segs.), se por um lado pretendeu simplificar a série de quesitos a serem respondidos pelos jurados, na prática irá causar graves embaraços, principalmente levando-se em conta o problema da reparação do dano na justiça civil.

8 — Processo de execução

Evidente que não está tecnicamentê no mesmo nível do processo de conhecimento. Isso porque, originariamente, o anteprojeto do Prof. FREDERICO MARQUES cuidava tão-só desse último, pois que, à época, se pretendeu dar vida a um Código das Execuções, orientação afastada, com o que o renomado mestre paulista ficou com exíguo tempo para inserir no seu anteprojeto todo o processo de execução.

Daí a inexistência de grandes inovações nessa parte, destacando-se, evidentemente, na redação final, a aceitação do estabelecido na Lei nº 6.416/77.

No conclave de Belo Horizonte, as Professoras ARMIDA MIOTTO e ADA PELLEGRINI GRINOVER tiveram oportunidade de apontar interessantes observações, de tudo resultando a seguinte conclusão:

“É necessário jurisdicionalizar efetivamente a execução penal, adequando-a às normas do processo de conhecimento, de ma-

neira a assegurar o contraditório e a ampla defesa técnica do condenado.

Por outro lado, sendo norma expressa da Constituição Federal a competência da União para legislar sobre matéria penitenciária, cabendo aos Estados tão-só uma atividade normativa complementar, certo é que, na prática, vêm ocorrendo violações desse princípio de hierarquia das leis, com Estados-membros indo além do previsto na lei federal, o que, sobre ser absurdo, constitui rigorosa insegurança para os apenados."

9 — À margem da análise ora feita do projeto, frente à "Carta de Belo Horizonte", algumas outras observações poderão ser anotadas:

a) no art. 73 foi mantida a recusa do juiz sob a alegação de **suborno**. Já tivemos oportunidade de, em trabalho anterior, comentar a matéria. Fazemos, agora, apenas indagações: O juiz subornado é juiz suspeito? Poderá ser argüido o suborno através de exceção? E se for provida a exceção de suspeição por **suborno** do juiz, qual a validade dos atos pelo mesmo praticados no processo, como em outros que tiver funcionado? E permanecerá ele, mesmo reconhecendo-se que seja **subornável** no exercício de suas atividades funcionais?

b) O art. 90 continua a merecer nossa crítica. O projeto estabelece um procedimento semelhante ao que existe na atualidade para as contra-venções penais e crimes previstos na Lei nº 6.411/65, substituindo-se a autoridade policial pelo Ministério Público, culminando até com a **composição** do pagamento pelo indiciado de uma multa, a qual, pela ausência de defensor e na prática, aparecerá como **imposição**;

c) em face do que tem demonstrado a realidade brasileira e tem sido reconhecido pela imprensa em diversas ações penais, de que muitas vezes é a própria autoridade ou seus agentes que colocam o material que se diz depois apreendido, com isso incriminando pessoas, para melhor aferição da prova e garantia da inviolabilidade do domicílio, dever-se-á inserir mais um parágrafo ao art. 204, o 9º, para que, na busca, os seus executores, quando possível, intimem vizinhos do imóvel, se os houver e estiverem presentes, para acompanhar a realização da diligência, os quais assinarão o auto previsto no § 7º do mesmo artigo;

d) o § 2º do art. 208 do projeto ensejará uma série de abusos, além de constituir uma válvula para o quebramento da inviolabilidade do domicílio e do escritório do advogado (§ 3º do art. 89 — Estatuto da OAB — Lei nº 4.215/63);

e) em relação ao valor da fiança (art. 506) fazemos a indagação sobre ser possível o seu cálculo, com base em níveis de salário mínimo, ou de-

verá cingir-se ao estabelecido sob outra forma, com a incidência das ORTN? (2)

f) referentemente ao processo para **declaração de inconstitucionalidade**, há necessidade de um reparo: no caso de rejeição do pedido, com o que continuará o julgamento (!), não haverá lavratura de acórdão?

Como se conhecer do fundamento e da própria rejeição?

g) o art. 627 dispõe que a perempção, embora não altere a qualidade de primário do réu, impede que o mesmo seja, posteriormente, declarado perempto. Mas é de se indagar: a perempção incide sobre o processo refletindo-se no réu, ou é a qualidade deste que torna a ação perempta?

Imaginemos a hipótese de ter o réu aceito o pagamento da multa, e ocorra a perempção. Posteriormente, em outra ação proposta contra esse mesmo réu, o advogado do querelante não comparece à audiência, ou ocorre qualquer das hipóteses previstas no art. 230. Fica ele impedido de ver reconhecida a perempção, por já ter sido beneficiado anteriormente por essa causa extintiva da punibilidade? Há, sem dúvida, profunda contradição no projeto.

CONCLUSÃO

Todas as observações feitas, algumas nascidas da contribuição de muitos e divulgadas na "Carta de Belo Horizonte", outras fruto de um permanente debruçar-se sobre a reforma da legislação processual penal que se pretende introduzir no País, se em alguma parte aproveitáveis, devem ser recebidas pela 4ª Comissão do 2º Encontro Preparatório do VI Congresso Nacional de Ciências Penais, como sugestões a serem encaminhadas ao Senado Federal, com vistas ao aperfeiçoamento do Projeto do Código de Processo Penal.

Ao final, porém, reiteramos a conclusão firmada no Seminário Nacional de Debates Sobre a Reforma Processual Penal, realizado em Minas Gerais, e exteriorizada na "Carta de Belo Horizonte":

"... nenhuma modificação legislativa alcançará sua real destinação, senão quando feita e vigorante na plenitude do Estado de Direito."

(2) A Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975, dispõe:

"Art. 1.º — Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito.

Art. 2.º — Em substituição à correção pelo salário mínimo, o Poder Executivo estabelecerá sistema especial de atualização monetária.

Parágrafo único — O coeficiente de atualização monetária segundo o disposto neste artigo, será baseado no fator de reajustamento salarial (...). Poderá estabelecer-se como limite, para a variação do coeficiente, a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN)."

Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional

OTO LUIZ SPONHOLZ
ANTONIO ACIR BREDA

1. Introdução

O processo penal de feição democrática deve ser informado pelo princípio do controle jurisdicional da prisão. Essa relevante garantia do direito penal de liberdade encontra fundamento no chamado princípio do controle jurisdicional dos atos do Poder Público. Não se deve tolerar, num Estado de Direito, que os atos dos agentes do Poder Público, desde que possam prejudicar as garantias individuais, estejam imunes da apreciação jurisdicional.

Se, excepcionalmente, permite-se a chamada prisão sem mandado, a lei deve prever o imediato controle jurisdicional sobre a legalidade do ato restritivo da liberdade.

A Constituição Federal, como regra geral, só permite a prisão de qualquer pessoa, mediante ordem escrita de *autoridade jurisdicional* competente (art. 153, § 12). Excepcionalmente, tolera-se a prisão sem mandado (unicamente nas hipóteses de prisão em flagrante). Nesse caso, “a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal” (§ 12 do art. 153).

Em qualquer caso, a lei constitucional exige o controle jurisdicional. Se assim é no plano constitucional, a lei ordinária deve manter rigorosa adequação ao preceito maior. Não é possível que a lei processual, como norma complementar da garantia constitucional, permita a prisão de qualquer pessoa, obstando o imediato controle jurisdicional sobre a legalidade do ato.

Numa perspectiva de reforma da lei de segurança nacional, no plano processual penal, o primeiro e importante problema a ser enfrentado é o da prisão do indiciado, na fase do inquérito policial.

A atual lei de segurança nacional (Decreto-Lei nº 898/69), durante a fase das investigações policiais, permite a prisão do indiciado pelo prazo de trinta dias. Esse prazo (só por si demasiadamente longo) pode ser prorrogado por mais trinta dias, “mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito à autoridade que o nomeou” (art. 59). Assim, a prisão escapa do controle jurisdicional, posto que baixada, inicialmente, pelo encarregado do inquérito e, depois, pela autoridade que o nomeou.

A lei exige, tão-somente, mera comunicação da prisão à autoridade jurisdicional competente, não permitindo o controle da legalidade da prisão.

É absoluta a incompatibilidade entre a lei ordinária e a garantia constitucional do controle jurisdicional da prisão.

A futura lei deve ser elaborada de acordo com os princípios já expostos. A prisão para averiguações, desde que permitida em casos excepcionais, também deve ser precedida de ato jurisdicional, devidamente fundamentado.

Parece indispensável a adoção da chamada prisão para averiguações (ou prisão provisória, na terminologia do Projeto de Código de Processo Penal) baixada por autoridade jurisdicional. A realidade demonstra que a prisão para averiguações existe, mesmo que não tolerada na justiça comum. A lição de HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de Processo Penal*, 1977, vol. 1º, pág. 27) impressiona:

“Há casos em que a Polícia precisa deter suspeitos, ainda que submetida a um sistema qualquer de contraste posterior. Negar-lhe esse poder é obrigá-la a cruzar os braços ou a agir fora da lei.”

Realmente, em casos de infratores perigosos (assaltantes, terroristas etc.), ausente a prisão em flagrante, esperar-se a prisão preventiva é frustrar a detenção. Por isso mesmo, o futuro Código de Processo Penal cria o instituto da *prisão temporária*, como um substitutivo legal da famigerada “prisão para averiguações”. Trata-se, na legislação proposta, de medida cautelar, baixada pelo juiz, em casos especificamente enumerados (arts. 490 e 492). A medida será decretada pelo juiz, com motivação sucinta, através de portaria e não excederá de cinco dias (art. 492).

Tal instituto, como substitutivo legal da prisão para averiguações, deve ser considerado na feitura de uma nova lei de segurança nacional.

A prisão para averiguações baixada pelo encarregado do inquérito, como ocorre na atual lei de segurança nacional, tem se prestado a inúmeros abusos. Na prática ela tem caráter obrigatório e inevitável. A experiência demonstra que, nos casos de crime contra a segurança nacional, invariavelmente a pessoa suspeita de qualquer envolvimento tem a sua prisão decretada pelo prazo de trinta dias, impossibilitando-se o controle jurisdicional sobre a legalidade dessa prisão.

Nem se pense que, restaurada a garantia constitucional do *habeas corpus* em sua plenitude, a situação dos indiciados (em crimes contra a segurança nacional) irá melhorar. A ser mantido o sistema atual, a prisão para averiguações, por prazo de até *sessenta dias*, fica afastada de qualquer controle do juiz competente.

A atual lei não exige qualquer motivação do despacho que ordenar a prisão do indiciado. Fala-se, aliás, que o indiciado "poderá ser preso", pelo encarregado do inquérito até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade judiciária competente.

Trata-se, portanto, de poder discricionário amplíssimo, sem qualquer limitação, que transforma o ato da autoridade policial em atividade de mero arbítrio. Como se a lei permitisse ou legalizasse o abuso do poder.

É que as decisões que importam em restrição ao direito penal de liberdade, num regime de legalidade democrática, devem e precisam ser motivadas. A obrigatoriedade de motivação deve ser acrescido o controle jurisdicional prévio.

Sem essas duas garantias fundamentais (motivação e controle jurisdicional da prisão), mesmo assegurado o remédio jurídico do *habeas corpus* sem as restrições do AI-5, qualquer eventual reforma da lei de segurança nacional não estará afinada com garantias elementares do processo penal democrático.

Sugere-se, por isso mesmo, ao ilustre relator Prof. HELENO CLAUDIO FRAGOSO o seguinte:

a) a futura lei de segurança nacional deve permitir a prisão para averiguações, mediante o controle jurisdicional prévio;

b) essa prisão deve ser regulamentada nos moldes da prisão temporária, de que trata o Projeto de Código de Processo Penal (arts. 490 a 492).

2. *Incomunicabilidade do Indiciado*

A atual lei de segurança nacional delega poderes ao encarregado do inquérito de manter "incomunicável o indiciado até dez dias", desde que a medida se torne necessária às averiguações policiais militares.

É notório que essa incomunicabilidade também é inevitável, a todos quantos são detidos pelo suposto cometimento de crime contra a segurança nacional. Aliás, a incomunicabilidade se estende, de forma rigorosa, ao próprio defensor do detido.

Trata-se de medida perigosa, inclusive, à integridade física e moral do indiciado. Lamentavelmente, esse prazo de dez dias, com o indiciado preso e rigorosamente incomunicável (e em lugar ignorado), tem se prestado para o uso de expedientes condenáveis, conhecidos de todos, especialmente porque não se permite a comunicação do preso com seu advogado.

O direito de comunicar-se, pessoal e reservadamente, com o advogado deve ser consagrado como indispensável ao exercício de sua futura defesa, na legislação proposta.

Se a Constituição Federal impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento (§ 13 do art. 153), desrespeita a garantia constitucional a lei ordinária que permita a prisão de qualquer pessoa, sujeitando-a a uma incomunicabilidade abusiva, que atinge, inclusive, o advogado do preso.

É preciso que a futura lei exija adequada motivação do despacho de incomunicabilidade. A falta de motivação das decisões que importam restrição aos direitos individuais assegurados constitucionalmente leva, facilmente, a abusos intoleráveis.

Sugere-se, por isso mesmo, que a futura lei assegure:

a) o direito do preso de comunicar-se, pessoal e reservadamente, com o seu advogado, mesmo quando incomunicável;

b) a incomunicabilidade, decretada por autoridade policial, em prazo razoável, deve ser baixada em despacho fundamentado;

c) também aqui deve ser assegurado o controle jurisdicional, mediante comunicação imediata ao juiz competente da medida restritiva ao direito do detido.

Essas as conclusões que se submete à consideração do eminente relator.

“Sursis” simples, e “sursis avec mise à l’épreuve”

PAULO PINTO DE CARVALHO

1 — A segunda metade do século XIX assistiu o rotundo fracasso da pena privativa de liberdade, em suas diversas modalidades.

Surgiu, então, na França, o projeto do Senador BÉRENGER, em 1884, com o objetivo de evitar a reincidência e o cortejo de malefícios gerados pelo contato de criminosos primários de bons antecedentes, cujo crime era de menor relevo em relação ao bem jurídico lesado, e cujo **quantum** de pena não justificava desde logo o cumprimento da sanção penal, com os criminosos portadores de periculosidade ou reincidentes.

A lei belga de 1888 e a lei francesa de 1891, em torno da suspensão condicional da pena, são conhecidas com o nome de instituto de **sursis**, medida de política criminal franco-belga. Ou seja, a suspensão condicional da pena, com imposição de condições, cujo cumprimento é confiado pura e simplesmente ao critério e ao interesse do beneficiário.

O antecedente histórico é a **probation** anglo-americana.

JOHN AUGUSTUS, um filantropo de Boston (1841), recebeu, mediante caução, 2.000 jovens autores de crime, assumindo o papel de tutor, acompanhando-os, vigiando-os, amparando-os.

Suspendia-se, neste instituto, a própria prolação da sentença condenatória.

Entretanto, vingou, em todo o mundo de língua latina, o **sursis franco-belga**.

2 — Este século constatou, de forma dramática, o insucesso definitivo das penas privativas de liberdade e do próprio sistema do direito penal, primeiro, de linhas clássicas, após, de caráter defensivo, e hoje, afinal, do direito repressivo, malgrado as modernas teorias que lhe conferem um grau de requintado tecnicismo.

A França, pioneira de um direito penal de caráter pragmático, finalístico, instrumento oneroso e aflitivo, como linha avançada do **jus imperium**, na defesa derradeira da ordem jurídica, sensível à doutrinação da **École de Defense Sociale**, de MARC ANCEL, criou a **probation**, palavra igualmente francesa, ou, se quisermos, o **sursis avec mise à l'épreuve**, como uma nova tentativa flexível e humana, de lutar contra a reincidência e os graves males da prisão.

Em 1958, De Gaulle obteve poderes extraordinários, sob o ponto de vista constitucional, e reformou o código processual penal, introduzindo, ao lado do **sursis simples**, o **sursis qualificado**, a **probation**, ou **sursis avec mise à l'épreuve**.

Sob o direto e pessoal controle do juiz da execução da pena, com efetiva cooperação do Ministério Público, permanente e qualificada assistência de uma complexa, técnica, e condignamente remunerada equipe de serviço social penitenciário protegia-se o condenado, que, em regime de liberdade, se submetia a um tratamento penitenciário, em caráter de liberdade.

A justiça penal, no plano judicial, com a contribuição administrativa de funcionários especializados e superiormente hierarquizados, com o auxílio do Ministério Público e a generosa assistência privada, ajudava o beneficiário, em todos os planos — pessoal, familiar e profissional.

O probando estava, realmente, sob regime tutelar, de múltiplas facetas, que o amparava à última instância.

A **probation** é meio caminho entre a prisão fechada e o **sursis simples**.

Enquanto o **sursis**, na França, como no Brasil, é um benefício ou direito concedido automaticamente ao condenado primário, a **probation** deve ser concedida a um número reduzido e determinado de condena-

dos, após prévia e severa triagem, cujos antecedentes, personalidades, natureza do crime, exigiam um especial cuidado judicial do Estado.

A rigor, segundo PIERRE BOUZAT, a **probation** se aproxima da medida de segurança sem privação da liberdade.

É fundamental caracterizar a **probation** como um indeclinável serviço judicial. Requer uma armadura administrativa, verdadeiro serviço público que só o Estado economicamente forte pode suportar.

A **probation** deve igualmente contar com o auxílio privado, generoso e efetivo. Pressupõe: agentes profissionais especializados, agentes da **probation**, assistente social, educadores, chefes de serviço da **probation**.

Esta heterogênea gama de funcionários, como uma complexa equipe, deve estar sob o comando do juiz da execução da pena, presente nessa tarefa o Ministério Público, assistindo o beneficiário, protegendo-o, cobrindo-o com uma rede protetora.

3 — O Governo Federal, na Mensagem nº 37, de 1977, convertida na Lei nº 6.416, de 24-5-1977, afirmou, superior e enfaticamente, no item 10 que o projeto não adotava a **probation** anglo-americana nem o **sursis** simples franco-belga.

Cabe, agora, perguntar:

Abandonada a **probation** anglo-saxônica, não tendo permanecido o **sursis** simples franco-belga, adotou, então, o legislador brasileiro o **sursis** *mise à l'épreuve* francês?

O artigo 698 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 6.416, não autoriza, lamentavelmente, esta ilação.

Primeiro, o § 5º do art. 698 determina que o beneficiário deve se apresentar, periodicamente, à entidade fiscalizadora; segundo, não confere à **probation** um caráter de tarefa judicial, com a contribuição do Ministério Público.

Se, no plano da mera linha legislativa, não se explicitou o caráter da **probation**, cumpre, a contragosto, afirmar que, no plano judicial, administrativo e privado, não estamos, no "Brasil dos dois Brasis", a que aludia singularmente um escritor francês, ou de tantos "Brasis" quantos são os Estados que compõem a Federação, em condições, quer judiciais, administrativas, privadas e, sobretudo, econômicas, de rea-

lizar essa missão técnica, complexa, e sobretudo onerosa, do *sursis avec mise à l'épreuve*.

Não temos, essa é a dura e intransponível realidade, as mínimas condições de executar a tarefa da custódia física ou mecânica do preso.

A França manteve, ao lado do *sursis simple*, o *sursis avec mise à l'épreuve*.

Agora, afinal, no Brasil, eliminado o primeiro, sem condições de se executar o segundo, parece — e é triste e chocante concluir — que legislamos no polêmico, dramático e irreversível terreno da execução da pena, pedra de toque de um direito penal democrático, sensível à individualização da pena, sem conhecer as tradições penitenciárias dos países pioneiros nesse terreno, assim como as suas leis e as suas frutuossas experiências.

A rigor, inovamos sem conhecer e — força é confessar — sem condições de inovar.

Na torrente legislativa dos dias atuais, açodada, caótica, hipertrofica, assistemática, em tema que diz respeito à dignidade da justiça, à excelência do direito penal, e aos direitos e garantias do condenado, leva-se tudo de roldão, de maneira simplista, ingênua e presunçosa.

4 — Somos de opinião, neste Encontro, devam os professores de Direito Penal e Processo Penal estudar a fundo a matéria.

Deve permanecer o *sursis simple*, endereçado à esmagadora maioria dos condenados, como na França, e se reservar a *probation*, nas suas linhas históricas e na sua complexa efetivação, a um número limitado de sentenciados que o exijam e o mereçam.

Em particular, deve ser disciplinado, em suas linhas próprias e marcantes, no futuro Código de Processo Penal, como sinal de respeito à tradição dos nossos juizes, do Ministério Público, e como penhor de um direito penal democrático, liberal, igualitário, na preservação dos fundamentais direitos dos condenados.

São as considerações, a título de roteiro, que apresentamos, com os suplementos de ordem doutrinária e legislativa, no campo do direito processual e penitenciário comparado, que teremos a honra de apresentar no plenário deste Encontro.

O “habeas corpus” de ofício no futuro Código de Processo Penal (✶)

PLÍNIO DE OLIVEIRA CORREA

Síntese de Comunicação

O Anteprojeto de Código de Processo Penal, elaborado pelo Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, bem como o de autoria do Prof. TORNAGHI, é omissivo no que se refere ao *habeas corpus* de ofício. Em consequência, o Projeto nº 633/75 que, por sua vez, é fruto da orientação traçada naquele Anteprojeto, ficou indiferente ao mencionado instituto.

No entanto, a Emenda nº 718, de autoria do Deputado JOSÉ BONIFÁCIO NETO, depois de receber parecer favorável da Comissão Especial que estudou o aludido Projeto, foi aprovada integralmente pelo plenário da Câmara dos Deputados, restabelecendo, assim, o referido instituto e definindo, neste particular, a atividade dos juizes e tribunais como faculdade e não como dever judicial.

A questão que ora se traz à consideração dos participantes deste II Encontro Preparatório ao VI Congresso Nacional de Ciências Penais, consiste em saber:

1º — se é conveniente manter o *habeas corpus* de ofício no futuro Código;

2º — e, uma vez mantido, se a atuação judicial há de funcionar como uma faculdade ou como um dever.

Tenho para mim que o *habeas corpus* de ofício deve ser mantido, em que pese a opinião contrária do ilustrado autor do Anteprojeto, retirada, aliás, da omissão já mencionada; e, assim sendo, a atuação judicial haveria de funcionar como dever e não como faculdade.

Justificação

O Anteprojeto de Código de Processo Penal brasileiro, de autoria do Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, adota, acertadamente, a filosofia preconizada pelo sistema acusatório, semeada, genericamente, por todo o corpo do futuro Diploma e concentrando, expressamente, uma nota fundamental no preceito do seu artigo 6º:

“Não se admite processo criminal *ex officio*. A relação processual penal, para constituir-se, depende sempre de acusação do Ministério Público nos casos de ação penal pública, ou do ofendido, quando se tratar de ação penal privada.”

Por outro lado, a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, depois de enfatizar na “supressão do inquisitorialismo judicial” como um dos pontos essenciais da estrutura do Projeto, destaca:

“Se o procedimento *ex officio* e a participação contínua do juiz em atos e práticas que refogem às funções jurisdicionais não são condizentes com a processualização da Justiça Criminal e com a configuração do processo penal como *actus trium personarum* (autor, réu e juiz), com maior razão devem ser repudiados esses resquícios de inquisitorialismo penal em sistemas judiciários como o nosso, em que, nas instâncias inferiores, atua juiz singular. Nota-se que, nas diversas legislações penais, poderes inquisitivos se concedem ao juiz de instrução, nunca, porém, ao juiz da sentença.”

A respeito deste posicionamento, já tive a oportunidade de registrar não só o meu modesto aplauso por esta definição doutrinária, inserida no projeto, mas também a satisfação de sublinhar a minha esperança de que o Poder Legislativo da República há de mantê-lo “como sinal do acompanhamento da evolução científica do Direito Processual Penal brasileiro e como eco da histórica lição contida no art. 110 do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, de 1898: Os Tribunais não podem *ex officio* promover a ação penal” (1).

Mas, apesar disso, é preciso temperar-se com a necessária cautela uma afirmação da douta subcomissão revisora do referido anteprojeto (2) e, por via de consequência, uma imperdoável omissão no projeto enviado ao Congresso Nacional, através da Mensagem Presidencial nº 159/75. A afirmação é a seguinte:

“O sistema acusatório foi reforçado e adquiriu contornos mais puros, abolindo-se, de vez, todo e qualquer procedimento *ex officio*.”

Certamente, por causa desta posição dogmática — *contra todo e qualquer procedimento ex officio* — é que inexistente tanto no anteprojeto como no projeto um preceito que determine a expedição *ex officio* de ordem de *habeas corpus sempre que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.* »

Tal situação é inexplicável não só pelo atual estágio evolutivo do nosso Direito Processual, como também por fortes razões históricas e doutrinárias.

Historicamente, o preceito que se reclama do futuro Código, significa uma sólida tradição em nosso Direito Positivo, tendo iniciado com o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, como se vê do seu artigo 344:

“Independentemente de petição, qualquer juiz pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus, ex officio*, todas as vezes que, no curso de um processo, chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum oficial de justiça, ou autoridade pública, tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.”

A Reforma Judiciária, levada a efeito através da Lei nº 2.033, de 1871, fortalece o princípio acima referido, como se constata do conteúdo do seu artigo 18:

“Os juizes de direito poderão expedir ordem de *habeas corpus*, a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do chefe de polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados, como praças, no exército ou armada.”

Implantado o regime republicano, a orientação continuou revigorada expressamente no texto do artigo 48 do Decreto nº 848, de 1890, que organizou a Justiça Federal no País:

“Independente de petição, qualquer juiz ou tribunal federal pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus ex officio* todas as vezes que, no curso de um processo, chegue ao seu conhecimento, por prova testemunhal ou ao menos deposição de uma testemunha maior de exceção, que algum cidadão, oficial de justiça ou autoridade pública, tem ilegalmente alguém em seu poder.”

Por outro lado, os Códigos estaduais, decorrentes da descentralização processual, permitida pelo artigo 34, inciso XXII, da primeira Constituição Republicana (3) adotaram, em sua generalidade, a mesma linha de orientação, destacando, entre outros, o Código de Processo Criminal do Distrito Federal (4);

o Código do Processo Criminal do Estado de Sergipe (⁵); o Código de Processo Criminal do Estado do Paraná (⁶); o Código Judiciário do Estado de Santa Catarina (⁷).

Restabelecido o regime da centralização processual, a partir da Constituição Federal de 1934 (⁸), resultou na promulgação, em 1941, do Código de Processo Penal, atualmente em vigor, que consagra o aludido instituto no § 2º do seu artigo 654:

“Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

Dentro deste mesmo regime, o Código de Processo Penal Militar, promulgado em 1969, o conserva vivo, ainda que limitado à alçada do segundo grau de jurisdição, como se verifica da 2ª parte do artigo 470:

“O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. O Superior Tribunal Militar pode concedê-lo de ofício, se, no curso do processo submetido à sua apreciação, verificar a existência de qualquer dos motivos previstos no artigo 467” (⁹).

De outra parte, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (assim como dos Tribunais Superiores, bem como dos Tribunais de Justiça (¹⁰) e de Alçada (¹¹) dos Estados da Federação e ainda, os Tribunais de Justiça Militar (¹²), assim se refere no artigo 188:

“O Tribunal poderá, de ofício:

- I —
- II — expedir ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de qualquer processo, verificar que alguém se encontra na situação do artigo 183” (¹³).

Como se se observa, o *habeas corpus* de ofício é da índole da tradição do nosso Direito Positivo, e, por esta razão, há de ser mantido não apenas para conservar esta tradição, mas porque tem semeado inestimáveis benefícios à nossa gente e porque representa uma sólida garantia ao direito de liberdade individual de ir, ficar e vir.

Doutrinariamente, a omissão do *habeas corpus* de ofício tanto no anteprojeto como no projeto de Código é produto de um lamentável equívoco, que compromete seriamente o espírito do sistema acusatório, eleito pelo autor do anteprojeto e referendado pelos seus revisores.

Na verdade, a supressão do procedimento penal *ex officio* é plenamente justificável quanto à iniciativa da provocação jurisdicional ou de outra atividade semelhante, *que vise à aplicação de qualquer restrição judicial ao direito de liberdade. Mas, ao contrário, a iniciativa do magistrado é imprescindível para a proteção da pessoa contra abusos e arbitrariedades.* Pois, garantir os direitos do cidadão contra qualquer espécie de constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção, é indiscutivelmente dever primário do Estado de Direito, cuja atuação deve se concentrar nos agentes do Poder Judiciário. Para tal mister, no entanto, se dispensa a iniciativa da parte interessada, uma vez que o zelo pela liberdade individual está na base do interesse público a ser mantido pelo Estado, independentemente de provocação.

CÂMARA LEAL vê, nessa iniciativa judicial, uma atribuição natural, inerente às funções do Poder Judiciário, como órgão tutelar dos direitos violados ou ameaçados (14).

E, para a concessão da ordem de ofício ... acentua EDUARDO ESPÍNOLA FILHO — não há necessidade de processo especial; a autoridade judiciária serve-se dos próprios elementos do processo, que corre sob a sua jurisdição, quando a prova, nele colhida, a convença da efetividade, ou da ameaça real e iminente, de constrangimento ilegal, do qual seja paciente o réu, o ofendido, o querelante, testemunha, advogado... (15).

Ademais, o nosso sistema constitucional ampara este entendimento (bem como a tradição da nossa legislação ordinária), quando consagra o princípio de que

“Ninguém será preso” (16).

E para efetivar esta garantia que o Estado brasileiro promete assegurar, indistintamente, a toda e qualquer pessoa, é que o nosso sistema, desde a Constituição de 1891 (17), consagra imperativamente o mesmo princípio, que na atualidade a nossa Lei Maior reproduz:

“Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (18).

Esta expressão (“dar-se-á *habeas corpus*”), que o preceito constitucional assegura, de forma imperativa e independente de qualquer provocação e sem qualquer condicionamento, encerra e compreende um dever implícito às funções do Poder Judiciário em tutelar o direito de liberdade, quando se constatar nos autos de um processo, que tal direito foi violado ou ameaçado. No entanto, este princípio *deve ser conjugado* com outro, já lembrado, e também escrito na nossa Lei Básica, o qual garante que “ninguém será preso”, como regra que

só admite duas únicas e exclusivas exceções: em flagrante delito e por ordem escrita de autoridade competente (judicial) (19).

Eis porque entendo que o *habeas corpus* de ofício é imanente ao próprio instituto e inerente à função jurisdicional no Estado de Direito. E, coerente com as razões aqui alinhadas, melhor seria considerar esta atuação judicial como um dever, em perfeita consonância com o entendimento doutrinário daqueles que não ficaram indiferentes a respeito do tema, como é o caso, entre outros, dos seguintes autores brasileiros:

a) FRANCISCO DE SOUSA CIRNE LIMA:

“Qualquer cidadão brasileiro, que entenda que ele ou outro sofre prisão ilegal ou é ameaçado com ela, pode requerer ordem de *habeas corpus* à autoridade competente; e o juiz “*ex officio*” deve conceder todas as vezes que tiver conhecimento certo dessa ilegal prisão, haja processo ou não” (20).

b) BENTO DE FARIA:

“Verificando o Juiz ou o Tribunal no curso de processo que o aludido constrangimento ou sua ameaça pesa sobre alguém, *deve expedir a ordem de ofício*, processando-a, porém, em apartado e por apenso aos autos respectivos, mediante portaria” (21).

c) FLORENCIO DE ABREU:

“Atenta a finalidade da medida, faculta-se ao Ministério Público requerê-la, se, no curso de um processo, ou por qualquer outro meio, constatar que alguém sofre violência ou coação ilegal. Independentemente, porém, de qualquer provocação da parte interessada, ou do Ministério Público, *os juízes e os tribunais devem conceder “habeas corpus” de ofício*, toda vez que, no curso de algum processo, verifiquem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer violência ou coação ilegal” (22).

d) RUI BARBOSA entende, finalmente, que os Juízes e os Tribunais são obrigados a restituir a liberdade “*ex officio*, se no curso de qualquer processo lhe constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal” (23).

Ao concluir, é oportuno destacar o conteúdo da Emenda nº 718 (24), de autoria do Deputado JOSÉ BONIFÁCIO NETO, que no apagar das luzes do ano legislativo de 1977, restabeleceu o *habeas corpus* de ofício no Projeto nº 633/75. Só que, atendendo aos ensinamentos da melhor doutrina, seria re-

comendável substituir-se a palavra “poderão” por “deverão”, tanto no corpo da mencionada emenda como no resultante artigo 760 do Projeto, já aprovado pela Câmara dos Deputados, o qual passaria, então, a ter a seguinte redação:

“Os Juizes e os Tribunais *deverão* conceder *habeas corpus* de officio, quando verificarem, no curso de processo, que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

NOTAS COMPLEMENTARES

- (1) Comunicação apresentada no 2º Encontro Preparatório ao VI CONGRESSO NACIONAL DE CIENCIAS PENAIS, realizado em Curitiba, de 17 a 19 de agosto de 1978. O aludido trabalho recebeu parecer favorável da Comissão encarregada de selecionar os trabalhos enviados antecipadamente, e a aprovação unânime dos participantes do conclave, pelos fundamentos aqui alinhados e pelas razões arroladas oralmente em plenário. Posteriormente, a matéria foi encaminhada à Comissão que estuda o Projeto 5/78, no Senado Federal (na Câmara dos Deputados, onde foi aprovado com inúmeras emendas, o Projeto de Código de Processo Penal tramitou sob o nº 633/75).
 - (2) “O Procedimento Penal *ex officio* no Direito brasileiro”, in *Revista Ciência Penal*, ano III, nº 2, pág. 106, Editora Convívio, São Paulo, 1976 - “Aprovação jurisdicional”, Porto Alegre Edições URGs, 1978, pág. 69.
 - (3) Integraram a aludida Subcomissão os seguintes juristas: Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, coordenador da Comissão de Estudos Legislativos; Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, relator da mesma e autor do anteprojeto; Prof. BENJAMIM MORAES FILHO, da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Prof. JOSÉ SALGADO MARTINS, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (que por ter falecido a 20 de novembro de 1973, foi substituído pelo Prof. HÉLIO BASTOS TORNAGHI, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e também autor de um anteprojeto de Código de Processo Penal, apresentado, em 1963, ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores).
- (3) O entendimento predominante foi no sentido de que os Estados poderiam legislar sobre Direito Processual, apesar da abalizada opinião em contrario de GALDINO SIQUEIRA: “Estudando-se conscienciosamente o assunto, deve-se ler antes de tudo toda a Constituição da República, e, então, verificar-se-á, desde logo, que não há texto algum na Constituição conferindo aos Estados federados a atribuição de legislar sobre o direito processual.

1.º — O art. 34, nº 23, que os separatistas dizem ser o assento da matéria é assim concebido: “Compete privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal.”

O advérbio “privativamente”, que não é um termo inútil no texto, tem o seu correlativo oposto; o texto exclui a competência dos Estados para legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da jurisdição federal, mas não exclui a competência do Congresso Nacional para legislar, posto que “não privativamente”, sobre o direito processual das jurisdições estaduais.

Por outra: o texto “priva” os Estados de legislarem sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da jurisdição federal; mas “não priva” o Congresso Nacional de legislar sobre o direito processual das jurisdições estaduais. Por outra: o texto confere ao Congresso Nacional a atribuição de legislar sobre o direito processual da jurisdição federal; mas, não confere aos Estados atribuição alguma.

2º — Não se tratando de hipóteses mutuamente repugnantes ou que fatalmente o autorizem *qui de uno dicit, de altero negat*, as regras da mais vulgar hermenêutica não admitem o argumento de exclusão, de sorte que a única consequência é a cumulação de atribuições.

Ou os Estados federados exerceriam essas atribuições *omni et non soli*, e, então, teríamos o absurdo da cumulação simultânea; ou os Estados exercem essas atribuições *soli sed non omni*, e então, é força reconhecer que aos Estados não foi conferida a atribuição "privativa" de legislar sobre o processo nas jurisdições estaduais.

3º — Ora, tratando-se de atribuições cumulativas, que não podem ser simultaneamente exercidas, só restam dois modos de exercê-las: ou "alternativamente", ou "supletivamente". E como seria um paradoxo supor, neste assunto, a "cumulação alternativa", claro está que essa cumulação de atribuições não pode deixar de ser uma "cumulação supletiva".

4.º — Exercidas essas atribuições "supletivamente", a Nação, como soberana, tem a preeminência; e portanto, os Estados federados só podem exercer tais atribuições naquilo que não tiver sido providenciado pelo Congresso Nacional e enquanto não for providenciado pelo Congresso Nacional." (SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*, 2ª ed. São Paulo, Hernani Magalhães, 1930, págs. 103-4).

- (4) Art. 376 — Independentemente de petição, qualquer juiz ou Tribunal Pleno ou a Corte de Apelação pode fazer passar, *ex officio*, ordem de *habeas corpus*, todas as vezes que, no curso de um processo, chegue ao seu conhecimento, por documento ou depoimento de uma testemunha maior de toda exceção, que pessoa particular ou autoridade tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.
- (5) Art. 546 — Independentemente de petição, qualquer juiz de direito, ou Tribunal de Relação, pode expedir ordem de *habeas corpus*, sempre que, no decurso de qualquer processo, verificar que alguém se acha nos casos previstos no artigo 540 (este artigo diz: "A ordem de *habeas corpus* pode ser concedida, seja qual for a autoridade causa ou autora da coação, ou violência, ou que pretenda exercê-las, com exceção da autoridade militar, nos casos de jurisdição restrita e quando o constrangimento ou ameaça for contra pessoa da mesma classe e sujeita a regime militar.")
- (6) Art. 257 — Independentemente de petição, qualquer autoridade judiciária competente pode passar uma ordem de *habeas corpus*, *ex officio*, todas as vezes que no curso de um processo chegar ao seu conhecimento, por provas de documentos, ou de depoimento de duas testemunhas, que algum indivíduo, oficial de justiça ou autoridade pública, tem, ilegalmente, alguém sob sua guarda ou detenção.
- (7) Art. 2.562 — Independentemente de petição, o Superior Tribunal de Justiça, ou o juiz de direito, sempre que, no curso de um processo, verificar que alguém se acha ilegalmente privado de sua liberdade, pode, *ex officio*, mandar soltá-lo imediatamente.

(8) Constituição Federal de 1934:

Art. 5.º — Compete privativamente à União:

XIX — legislar sobre:

a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual.

Constituição Federal de 1937:

Art. 16 — Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

XVI — o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual.

Constituição Federal de 1946:

Art. 15 — Compete à União:

XV — legislar sobre:

a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico, do trabalho e agrário.

Constituição Federal de 1967:

Art. 8º — Compete à União:

XVII — legislar sobre:

b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, em nada alterou o quadro da centralização processual.

(9) Art. 467 do Código de Processo Penal Militar:

“Haverá ilegalidade ou abuso de poder:

a) quando o cerceamento da liberdade for ordenado por quem não tinha competência para tal;

b) quando ordenado ou efetuado sem as formalidades legais;

c) quando não houver justa causa para a coação ou constrangimento;

d) quando a liberdade de ir e vir for cerceada fora dos casos previstos em lei;

e) quando cessado o motivo que autorizava o cerceamento;

f) quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

g) quando alguém estiver processado por fato que não constitua crime em tese;

h) quando estiver extinta a punibilidade;

i) quando o processo estiver evidentemente nulo.”

(10) Art. 275 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Os Juizes e os Tribunais têm competência para expedir de ofício ordem do *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

(11) Os Estados da Federação que, presentemente, contam com Tribunais de Alçada são: Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

(12) Os Tribunais de Justiça Militar estaduais, que existiam antes de 15 de março de 1967, foram mantidos por disposição expressa do artigo 192 da Constituição Federal de 1967. Os Estados que dispõem destes Tribunais são apenas os de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. Neste último, conserva-se o nome de Corte de Apelação da Justiça Militar do Estado.

(13) Art. 183 do Regimento Interno do STF:

“Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

- (14) Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro, 1943, vol. 4º, pág. 207.
- (15) Código de Processo Penal brasileiro anotado, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, vol. 7º, págs. 217/8.
- (16) Constituição Federal — Art. 153, § 12: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.”
- (17) Constituição Federal de 1891 (art. 72, § 22); Emenda Constitucional de 1926 (art. 72, § 22); Constituição Federal de 1934 (art. 113, nº 23); Constituição Federal de 1937 (art. 122, § 16); Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 23).
- (18) Art. 153, § 20.
- (19) No Estado de Direito, toda e qualquer prisão deve ser controlada pelo Judiciário (princípio do controle jurisdicional à limitação da liberdade).
- (20) *Rudimentos do Processo Criminal*, Editora Livraria e Tipografia Universal, 1882, pág. 83.
- (21) *Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro, Editora Livraria Jacinto, 1942, vol. II, pág. 253.
- (22) *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1945, vol. V, pág. 586.
- (23) *Lições de Rui*, in páginas coligidas por Heitor Dias, Bahia, Imprensa Oficial, 1949, pág. 76, de onde se transcreve o seguinte trecho de petição de *habeas corpus*, redigida pelo imortal jurista brasileiro: “Eis, srs. juízes, de onde resulta a suprema importância do *habeas corpus* entre as nações livres. As outras garantias individuais contra a prepotência são faculdades do ofendido. Esta é o dever de todos pela defesa comum. Ninguém pode advogar essa exceção singular às leis do processo. Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem. Para valer, porém, a liberdade seqüestrada, não há instrumento de poderes que exigir; o mandado é universal; todos o recebem da lei; para o exercer validamente basta estar no País. Os próprios juízes são obrigados a mandá-la restituir *ex officio*, se no curso de qualquer processo lhe constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. O paciente pode, até, não requerer a liberdade; pode, resignado, ou indignado, desprezá-la; pode até por um desvario, rejeitá-la. É indiferente. A liberdade não entra no patrimônio particular, como as cousas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou compram; é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e, se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão vigilante, a reivindica. Solicitando, pois, este *habeas corpus*, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na impessoalidade deste remédio judicial.”
- (24) Inclua-se, após o art. 764, no Capítulo “Do *Habeas Corpus*”, um dispositivo com a redação seguinte:
- “Art. — Os juízes e os tribunais poderão conceder *habeas corpus* de ofício, quando verificarem, no curso do processo, que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

Justificação

O projeto se esqueceu de contemplar o *habeas corpus* de ofício, previsto no Código vigente no § 2º do art. 654. O preceito é da tradição do nosso Direito e se acha intimamente ligado à tutela do *jus libertatis*.

Sala das Sessões, 14 de outubro de 1975. — José Bonifácio Neto.

Descriminalizações e despenalizações no direito penal positivo brasileiro

RAUL CHAVES

1. Embora entendendo que uma apreciação, mais de espaço, caberá à 3ª Comissão, cujo tema genérico — Reforma da Legislação Penal — compreenderá, ainda, o exame das descriminalizações propostas ao longo do trabalho, anexo, por fotocópia, ADVOCACIA E REFORMA PENAL, o seu autor — que desta proposição também o é — sugere um reexame daquela tese na qual opinou por várias descriminalizações.

2. E propostas também ficam alterações despenalizadoras, não explicitadas naquela tese, posto insinuadas, relativamente aos crimes de **aborto, sedução, corrupção de menores e local de prostituição** (arts. 123, 124, parágrafo único, 127, 242, 243 e 252, parágrafo único, do Código Penal dito de 1969).

Quanto a tais despenalizações, pretende o autor desta proposição o que por diante minudeado.

ABORTO — que o legislador permita ao aplicador da lei o **perdão judicial** para a gestante, sempre que o motivo que a conduziu à prática ou ao consentimento do aborto não reflita egoísmo ou torpeza; norma que tornará inteiramente desnecessário o **tipo do aborto por motivo de honra**, este **descriminalizado**, quanto à gestante, mesmo que o preceito configurador do parágrafo único do aludido art. 127, passe a constituir outro parágrafo do art. 124;

SEDUÇÃO e CORRUPÇÃO DE MENORES — que se acrescente um artigo, logo após o de nº 249, prevendo a diminuição de pena, de um a dois terços, sendo a ofendida maior de quatorze e menor de dezesseis anos, ou o **perdão judicial**, se maior de dezesseis anos, no caso de ser o agente casado e a ofendida conhecer essa circunstância;

Proposição à 2.ª Comissão

Criminalização e Descriminalização

Proponente: Raul Chaves, do IBCP, 1.º-Sec. da Diretoria Nacional, e Instituto dos Advogados da Bahia

LOCAL DE PROSTITUIÇÃO — A supressão do parágrafo único do art. 252, escrevendo-se, em seu lugar, outro em que se ressalve ficarão isentos de pena as que mantiverem ou freqüentarem local de prostituição ou qualquer lugar habitualmente destinado a encontros para fim libidinoso, desde que o seu funcionamento seja licenciado pela autoridade pública, expressa ou tacitamente.

3. Considerando que do Encontro só participarão mestres das ciências penais, que saberão rapidamente compreender os intuitos do proponente e o alcance da proposta inserida no **item 2** acima, sobretudo levando-se em conta a realidade sócio-cultural brasileira da atualidade, dispensável parece, neste passo ao menos, uma fundamentação, que seria ostentar, fora de tempo, um saber minguado, como o do proponente. Este, todavia, na discussão da matéria perante a Comissão, poderá adminicular esclarecimentos, acaso ocorrendo perplexidades.

Curitiba, Paraná, em 17 de agosto de 1978.

ADVOCACIA E REFORMA PENAL

“É muito difícil que haja uma só nação que se governe por boas leis. Não é isto precisamente por ser obra dos homens; estes têm feito coisas excelentes... Consiste isso, mais que tudo, em que nos Estados todas as leis se hão estabelecido quase sempre pelo interesse do legislador, pelas necessidades do momento, pela ignorância, ou por superstição. Têm redigido as leis com certa medida; por casualidade, irregularmente, como são fundadas as cidades”. VOLTAIRE (Dicionário Filosófico).

I — Explicação prévia. Colocação do tema

1. Distribuído, como nos foi, independentemente de consulta anterior, ou recomendação subsequente, sobre o contexto do trabalho a ser apresentado, sobressaltou-nos, de início, perplexidade, receosos de ficarmos aquém, ou de irmos além, no trato desse tema “Advocacia e Reforma Penal”, notadamente estando ele sob a epígrafe da “Independência e Autonomia da OAB”.

Utilizarmo-nos da propalada e há tanto discutida reformulação do direito positivo concernente às ilicitudes penais comuns, para sustentarmos a legenda epigrafada, pareceu-nos pouco, senão inútil. Mesquinho, se apenas nos ativéssemos a proposições específicas à advocacia, como atividade judiciária, indicando este ou aquele fragmento da “reforma”, esta ou aquela orientação da lei inconveniente ao seu exercício. Inútil, pelo que se nos afigura o óbvio, contentarmo-nos em redizer da indispensabilidade do nosso pronunciamento, antecipado ao império da “reforma”, mormente quando tão em evidência

foram postas as **prerrogativas** do advogado, na última Conferência (1974), fixado ele componente do Poder Judiciário, porque a advocacia atende a um interesse essencialmente público, não revelando somente a profissionalidade à disposição de pessoas, para a defesa de seus direitos; mas, enfaticamente, guardiã perpétua do bem-estar coletivo, na impessoalidade do seu destino, aquela impessoalidade indubitosa nos transe mais difíceis da vida política de todos os povos, dever público de assistência (como sublinhou, preciosamente, ALOYSIO DE CARVALHO FILHO), que dá ao advogado a incomparável nobreza de ser defensor da própria sociedade, “cujas aspirações ou sofrimentos se expressam na corajosa eloquência da sua palavra, por força de um argumento ou por audácia de uma imprecisão, conferindo, por isso mesmo, a essa profissão, tal dever público, o mais perigoso dos encargos”. (“Oração de Paraninfo”, in **Revista da Faculdade de Direito da Bahia**, v. XIII, pág. 100).

2. Refletindo, porém, que seria, como será, positivar aquela *independência, um pronunciamento explícito, decisivo, alheio* a conveniências episódicas, abrangente dos aspectos fundamentais ou apriorísticos da “reforma”, ampliando aquele sentido usual, que se vem dando à locução; aludindo às correlações com o ordenamento jurídico total, seus pontos de partida diante da realidade sócio-cultural brasileira e mesmo sem deixarmos à margem, apesar de miúdo, o que percussão do pretérito, ou inseguranças do futuro incalculado; de logo sugerindo, criticando, aplaudindo ou condenando; — assim refletindo, e acreditando que a arte de advogar é a de defender o direito no seu imenso espectro, que inclui o homem, a humanidade toda vista em conjunto ou nas subdivisões nacionais, propomo-nos a elaborar trabalho, posto em linhas de síntese, que implique naquele posicionamento globalizado, desbordante do sumítico termo comum “reforma penal”. Destarte, de frente, de pronto, oferecendo embargos à revisão parcelada, não raro dissonante, praticamente de varejo.

E o fazemos crendo que a OAB, como instrumento de defesa dos direitos humanos, em nosso país, deve investir-se nas atribuições daquele **ombudsman**, dos países escandinavos, espécie de departamento nacional de queixas, ao qual podem ser levadas as reclamações todas, contra tudo ou quem quer que seja, instituição que deita raízes na Suécia, vai por século e meio, *ali funcionando para defender o homem comum* do arbitrio do Trono. O **ombudsman**, retratado por GEORGE KENT, invocado pelo criminologista HURWITZ e, há pouco, no Brasil, tão bem estudado e explicado por CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO (**Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, nº 49, jan. a mar. de 1976, págs. 207-246) e FAVILA RIBEIRO (**O Ministério Público na Defesa da Ordem Constitucional**, Fortaleza, 1976).

3. É bem de saientarmos, contudo e de plano, que conclusões várias, sugestões diversas, inseridas por diante, nestas páginas, advieram-nos dos inúmeros debates, conclaves, simpósios e seminários, de que participamos. E de por certo que rastreamos opiniões alhures apreendidas, ensinamentos colhidos, lições vividas; alquando incluindo pronunciamentos coletivos — **Recomendações** — como os da II Jornada Latino-Americana de Defesa Social (Goiânia — Brasília, agosto de 1975); do V Congresso Brasileiro de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo, fevereiro de 1974); do Seminário de Direito Penal e Processual Penal de Belo Horizonte (FD da UFMG, outubro de 1974); da "Carta de Goiânia" (Seminário em setembro de 1973); e da V Conferência Nacional dos Advogados (Rio, agosto de 1974). Nem desprezaremos passos mais largos de trabalhos e críticas nossos, apresentados ao Instituto dos Advogados Brasileiros (março de 1974), ao Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP (maio de 1974), à Faculdade de Direito de Colatina (Espírito Santo, junho de 1974), ao Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e Faculdade de Direito de Cruz Alta (agosto de 1974) e à Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa, agosto-setembro, 1976).

II — A reforma. Seu planejamento

4. Consoante anunciamos previamente, sustentamos (ou advogamos, é o caso...) uma "Reforma Penal" que compreenda a revisão, reformulação, ou emenda, de toda e qualquer lei que diga respeito às ilicitudes penais, quaisquer que sejam, por mais **especiais**, ou singelas, como as denominadas **contravenções**.

Não importa, a nosso ver, seja recente, ou tido por jovem, o Código Penal Militar. Matéria perigosa, de aproximação difícil, a Lei de Segurança Nacional. Arriscada, a parte que disciplina os órgãos de divulgação, estabelecendo sanções penais para os que deles abusam. Labiríntica (e por isso mesmo talvez), a legislação relativa aos abusos do poder econômico, às sonegações e fraudes fiscais. O preciosismo, aparente, da falência. A ambigüidade dos crimes de responsabilidade e dos eleitorais. As exigências, às vezes peculiares, do direito adjetivo, correspondente a algumas das formas **típicas** acima invocadas.

Esquecido não estando, ainda, dos riscos de um descaso ou da maior aproximação dos tóxicos, cuja repressão ao tráfico e uso foi atardecada como projeto de **impacto**... malgrado estabelecida em lei inexecutável, a constituir outra provocação para o menosprezo da ordem jurídica. Nem da sigilosa e apressada "Reforma do Poder Judiciário". Quanto a esta, aliás, não nos cabem considerações de espaço, constituindo tema autônomo a outrem destacado, além de compreendido, ao que ima-

ginamos, em três outras partes do temário (3º, 5º e 11). Que fique, porém, mesmo de passagem, registrada a nossa objeção à prematuridade dessa Reforma, antecipada à promulgação de documentos legais outros, que lhe deveriam servir como ponto de partida; à sua elaboração *intra-muros*, sem divulgação prévia e necessária do projeto, com tempo para a reflexão e a crítica das entidades outras interessadas; à centralização administrativa, em que implica, minimizando, por mais essa forma, a Federação, através do Conselho Nacional da Magistratura e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (pelo menos, como estão propostos); objeção ao seu momento, quando ainda não restauradas as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos juizes; à sugestão, que insere, de um Tribunal Misto, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em alternativa com a do Tribunal do Júri, sem, todavia, condicionar a **mistura** dos juizes de fato (jurados) com juizes **especializados**, qualificação, destes últimos, que poderia justificar a instituição do **escabinato** em nosso país; em suma, à confusão, que se percebe presente à filosofia da Reforma, entre o mau funcionamento de órgãos, atuais, do Poder Judiciário, e os seus defeitos de estrutura, a ponto de enfatizar-se os julgamentos rápidos, que correrão os riscos da ligeireza e da superficialidade.

5. Considerando, por conseguinte, que advogamos uma **reforma penal** compreensiva do reexame de todo o direito positivo pertinente à ilicitude penal, temos que partir do que já impera, às vezes com dissonâncias vigentes; cuidando, por outro lado, de harmonizá-lo com o a imperar. Como exemplos, os seguintes fragmentos: a discordância entre o Código Penal Militar, promulgado em 1969 (Decreto-Lei nº 1.001), art. 50, admitindo a maioria penal aos 16 anos, enquanto perdura o art. 23 do Código Penal de 1940, com a maioria apenas aos 18 anos; *idem*, quanto ao prazo para obtenção do **livramento condicional** (art. 89 do CPM e art. 60 do CP de 1940); bem como a divergência, que haverá, entre os mesmos Códigos (persistindo a fórmula atual do art. 84 — suspensão condicional da pena — do CPM), se vier a vigor, sem alterações outras, o art. 70 do CP de 1969, com a redação da Lei nº 6.016/73.

6. Destarte, sugerimos, de início, que antes de qualquer nova promulgação, ou início de vigência de lei penal, sejam confrontadas de **per si**, umas com as outras, revendo-se, para atualização e harmonia através de revogações ou alterações, o que vigorando no momento.

III — **Consolidação ou unificação das normas incriminadoras e processuais**

7. A propósito, reeditamos, aqui, pensamento nosso contrário à multiplicação do rol das **leis extravagantes**, no campo das

fontes normativas de direito penal. A **especificidade** da proteção jurídica pode conter-se, precisamente, no bojo do direito comum, da lei ordinária, onde, aliás, obtém melhor ênfase e consegue maior divulgação, mais detido e acurado estudo, possibilitando, em conseqüência, mais justa aplicação. Não se afirme que a legislação codificada fica presa a esquemas rígidos e pouco dúcteis, daí a preferência pela legislação especial. Tal afirmação nega o sentido, a finalidade e a valia das codificações. E para lembrar que não são assim rígidos e nada maleáveis os esquemas dos Códigos — como o nosso de 1940 — basta referir os momentos inúmeros das leis especiais (inclusive de outros códigos, como o Penal Militar e o Eleitoral) repetindo, por inteiro, aquele, suas normas, quando não declaram sua aplicação, as do código, subsidiariamente. Mesmo quanto aos preceitos processuais, que a tutela deste ou daquele bem ou interesse parece reclamar **especialidades**, não se nos afiguram sejam tais que se não possam conter na codificação respectiva — ora, também, sob exame para a reforma. Aliás, reexaminando-se o próprio Direito Penal Complementar, constituído por uma legislação que não se costuma chamar de **especial**, ver-se-á que muito dele, senão quase todo, poderá abrigar-se numa só codificação. Haja vista as hipóteses dos crimes de falência e contra a propriedade industrial; dos contra a guarda e o emprego da economia popular; contra os abusos do poder econômico; dos próprios crimes eleitorais e os denominados **de imprensa**. Estes, ou seja, as ilicitudes de caráter penal tipificadas na respectiva lei, as únicas que merecem tal categoria, são as relativas às ofensas à honra individual, atentatórias aos bons costumes e à segurança nacional. Podem ficar, então, agasalhados, os tipos, no próprio Código, prevista a variação quanto ao modo de praticar o crime — através da imprensa ou outro meio de comunicação — a ela correspondendo um **plus** ou um **minus** de pena. E vale ressaltarmos aqui, e de logo, que jamais aceitamos a diversificação das penas para os crimes contra a honra individual, mais brandas as estabelecidas nas leis de imprensa, pois, em verdade, mais severas deveriam ser à vista do maior alcance da lesão à honra alheia, quando a ofensa é divulgada pelos órgãos de comunicação. Não se diga que o entendimento para um **minus** da pena, tem suas motivações na **liberdade** fundamental a preservar-se (liberdade que se preservará, a contento, excluída a censura prévia). Não insistir nesse argumento, pois, a **ofensa** será sempre um **abuso** praticado e, na maioria das vezes, por estranhos à atividade profissional, que apenas da imprensa se servem, exatamente, a fim de mais ofender, pela veiculação maior da injúria, da difamação ou da calúnia. A rigor, nosso pensamento, nestes dias, com aquele propósito da maior **descriminalização** possível, se desenvolve contrário à sanção penal para tais ilícitos, preferindo deixá-los como danos civis.

IV — A lei de segurança nacional e o “habeas corpus”

8. Retomando a linha da exposição, no passo preciso em que sugerimos a maior unificação das normas penais substanciais criminalizadoras, queremos fique consignada a idéia, nossa, da própria lei que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social (Decreto-Lei nº 898, de 29-9-69).

Era da tradição brasileira (como continua sendo em vários sistemas penais positivos alienígenas) a inclusão desses ilícitos penais no Código comum ou civil. Na época do Estado Novo — ao que se conta, como resultado de transação, da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado com os agentes do Governo, a fim de ser permitido tom mais liberal para o Código em elaboração —, foram destacados aqueles ilícitos para uma lei especial, consoante preceito fixado, afinal, no art. 360 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-1940.

9. Nenhum critério de ordem científica, porém, justifica a permanente separação, que vai ensejando, cada vez mais, um divórcio **a vínculo** entre os dois diplomas legais, o definidor dos crimes contra a segurança permeabilizando-se às agressões mais violentas aos direitos civis e políticos assegurados em protocolos e convenções internacionais. Frequentemente, baldo de técnica, como lei, estereotipa vícios e defeitos, segundo, **exempli verbis**, os salientados por JOSAPHAT MARINHO (Inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional, **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, 1967, n.ºs 13/14, pág. 3), ao apreciar os artigos 2º e 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 314/67, cujo antagonismo ali estabelecido chegava a gerar penas para fato não definido como crime. Susceptíveis a demasiais punitivas, com seu elenco de sanções especiais, têm tais leis atingido às raias do desumano, afrontando, duramente, aquela outra idéia da **despenalização**. E ainda se prestam a julgamentos de exceção, por uma justiça castrense, não habilitada profissionalmente para decidir sobre aqueles direitos civis e políticos, sujeita aos preconceitos da disciplina militar, que não se casam com a vida do cidadão comum.

10. Indicando a necessidade da revisão da lei de segurança, não sendo ela submetida a capítulo especial do Código Penal comum (como nas leis do passado e no Projeto Alcântara), há que sustentar-se e propor-se quanto defendido e concluído por HELENO FRAGOSO, na sua tese “Os direitos humanos e sua tutela jurídica” (**Anais da V Conferência**, págs. 105-132), profligando, ainda, contra a suspensão da garantia constitucional do **habeas corpus** para as hipóteses de acusações da prática dos crimes nela previstos.

11. Em torno da descabida suspensão do **habeas corpus** naqueles casos, muito escreveram e sustentaram juristas e advogados, havendo um consenso dos profissionais da lei, todos na

trincheira da liberdade democrática, lutando pela revogação do ATO que a instituiu. Mal não há, no entanto, relembrar-se a palavra autorizada, concisa, serena como sempre, de EVERARDO LUNA: "Sem dúvida, pode o **habeas corpus** perturbar as atividades investigatórias e repressivas dos crimes e prejudicar outros interesses de ordem pública. Mas da própria vida faz parte a sua perturbação, o perigo de viver. Não é a segurança que nos dá a vida (Santayana). E como o direito é feito para vida, tanto nos põe em segurança como nos expõe a perigo. A pena imposta a um criminoso também perturba outros interesses da ordem pública. E mais impressionantemente ainda é a perturbação causada pela execução de uma sentença."

12. "Assim também no **habeas corpus**. A perturbação porventura causada, também compõe a proteção da liberdade — o mal é menor e é meio; o bem é maior e é fim.

Melhor o **habeas corpus**, instrumento legal, com o perigo de perturbar a investigação e a repressão penal, do que a investigação e a repressão do fato, sem as restrições formais da lei, investigação e repressão a sofrerem, sempre irremissivelmente, a tentação, a sedução da arbitrariedade, que é a contrariedade ao Direito praticada pela própria autoridade (JAMES GOLDSCHMIDT). Com a presença do **habeas corpus**, quem tem poder de concessão está limitado por lei; na ausência do **habeas corpus**, não há limitação legal possível. Entre limitar e não limitar poderes melhor mesmo é limitá-los: na primeira alternativa, nenhum súdito do Estado tem sua liberdade injustamente ofendida; na segunda alguns súditos podem tê-la" (**Trabalhos de Direito Penal**, ed. Un. Fed. de Pernambuco. Recife, 1971, págs. 81-83).

V — Outras leis especiais e complementares

13. A legislação penal sobre economia, constitutiva de um Direito Penal Econômico (nele incluídos o Financeiro e o Tributário) se não configura um labirinto, pela falta de sistematização que esteve presente nas edições de todos e cada qual dos diplomas respectivos (Leis n.ºs 4.595/64, 4.728/65, 4.729/65, 4.357/64, 4.137/62 e Decreto nº 57.609/66), retrata os piores momentos legiferantes deste país, talvez desde sua independência política. A pressa, com que elaborada sucessivamente, exigiu outras tantas apressadas correções, quase sempre distantes dos cânones imperativos da dogmática. E, à medida que foram aplicadas essas leis, ou as tentaram aplicar, mais gritante, por vezes escandalosa, se evidenciou a sua ineficácia para disciplinar toda a matéria pretendida. Nem uma sistematização doutrinária como a encetada por MANOEL PEDRO PIMENTEL (**Direito Penal Econômico**, RT, São Paulo, 1973), e outros mestres, em estudos menores e ensaios diversos, poderá suprir-lhes

as lacunas, corrigir-lhes as erronias, harmonizá-las com um sistema penal realmente científico, sobretudo em se tratando de um "direito penal econômico", que deve ser acostado a outra lei, paralela, que define os crimes e as contravenções contra a economia popular (Decreto-Lei nº 869/38), e às normas incriminadoras esparsas na Lei nº 4.591/64 (dispõe a respeito de condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias) e no Decreto nº 60.501/67 (crimes contra a organização previdenciária).

Não se aceitando a incorporação de todo esse direito penal econômico — que, insistimos, não possui autonomia jurídica, ou de ciência jurídica autônoma, não passando de capítulo do Direito Penal — ao novo Código comum, ainda sujeito a alterações antes de sua vigência, há que realizar-se, e quanto antes, um exame total que leve, ao menos, a uma **consolidação**.

Sendo difficilimo apontar neste trabalho as impropriedades todas, os vícios diversos, até as contradições, dessas diversas leis que compõem o chamado Direito Penal Econômico, remetemos o leitor ou curioso mais interessado para as 244 páginas da obra do citado professor da Universidade de São Paulo; às de seu outro livro **Legislação Penal Especial** (RT, São Paulo, 1972); e às, também valiosas, de RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, publicadas na **Revista dos Tribunais**, volumes 417 e 428, intituladas "Direito penal administrativo e ilícito fiscal" e "Direito penal econômico e o ilícito fiscal".

Observe-se que urge a sistematização e atualização dessas normas relativas aos crimes econômicos, pois, há, inquestionavelmente, uma **criminalidade econômica** dia a dia mais perigosa, mais envolvente. HENTIG, escrevendo sobre os crimes comerciais, há quase 20 anos atrás, já dizia que o furor contemporâneo de fazer cada vez mais dinheiro traz todas as características de uma obstinação, que se verifica na peculiaridade mental observada em jogadores profissionais, aventureiros irrequietos e dipsomaniacos da excitação. (HANS VON HENTIG — **Crime: cause and conditions**, J. Y., 1957, pág. 97.) E é dessa obsessão pelo lucro fácil, à margem de qualquer escrúpulo ético, que surgem os famigerados **criminosos de colarinho branco**, fauna a proliferar em todos os países, desenvolvidos ou em desenvolvimento, substitutos dos **gangsters** — empresários de todas as latitudes.

14. Quanto à **legislação antitóxicos** não há o que dizer-se, sobre a necessidade de sua revisão, sem redizer-se algo do muito que se tem escrito desde que surgiu a Lei nº 5.726, de 20-10-1971. Há uma verdadeira biblioteca sobre o assunto e nenhuma opinião (de fora dos corredores governamentais da época) favorável à sua continuidade. Não insistiremos, todavia, sobre a matéria, eis que já tramita no Congresso Nacional um

projeto de lei elaborado pelo Executivo, projeto que mereceu cuidadoso exame dos magistrados e professores de Direito do Estado de São Paulo, do qual resultou um pronunciamento digno de atenção (Cf. **O Estado de S. Paulo**, ed. de 4-7-76, pág. 47).

Inobstante essa nova proposição governamental e o citado pronunciamento, que aceita a **lei específica** (observadas, é claro, as emendas propostas), continuaremos sustentando a vantagem das normas penais referentes ao tráfico e uso de entorpecentes, ou que determinem dependência física, permanecerem entre os **crimes contra a saúde pública**, no Código Penal, ainda que adminiculadas outras regras, nas imediações do art. 311 (Código de 1969, redação de 1973) partindo-se das conclusões da tese de JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCINI e EUCLIDES BENEDICTO DE OLIVEIRA (o primeiro, desembargador em São Paulo e com várias publicações a respeito do assunto; o segundo, Juiz do Tribunal de Alçada daquele Estado) aprovada pelo V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo, fevereiro de 1975), tese que se vê estampada em **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, 1975, nº 45, pág. 3. E também pensamos não haver necessidade de normas processuais estranhas ao código de rito comum, devendo ser, apenas, acrescido um Título novo, respectivo, ao Livro VI — “Dos procedimentos especiais” — do Projeto de Lei nº 633/75, relativo ao futuro Código de Processo Penal.

15. Relativamente aos **crimes de responsabilidade**, persistimos no ponto em que situamos a problemática em a nossa monografia, com o mesmo nome, nos idos de 1960.

Trata-se de uma excrescência do ordenamento jurídico brasileiro, instituto **sui generis**, com vertentes numa omissão vocabular do legislador de 1827, que, ao fixar a responsabilidade penal dos Ministros de Estado (não imunes como o Imperador), consagrou a locução. Convertida em norma constitucional pela República, chegou aos nossos dias pejada de significação penal, consubstanciada em Lei Complementar a Lei Ordinária (aplicável aos Prefeitos), quando, na verdade, a Carta Magna apenas devia cuidar das hipóteses de **impedimento (impeachment)**. Sem alusões a **tipos** de ilícito penal, mas, tão-só, aos casos de **indignidade** ou incapacidade para a alta função pública, não havia, como não há, necessidade do teor criminal, a ponto de estabelecer figuras ambíguas e anfíbias, estas a criar problemas de conflito aparente de normas e de aplicação da lei processual. Se o governante incide nas sanções de crimes previstos no Código Penal comum (ou em outras leis especiais) ele é simplesmente um criminoso, apenas com direito ao foro privilegiado se a **persecutio** o surpreende no exercício da função. Quanto às outras condutas, indignas ou impróprias, pode-

rão constituir ilicitudes que justifiquem o **impedimento** para o cargo. Nada, porém, justifica, dentro da concepção da dogmática penal, sejam vistos como crimes ou delitos.

Destarte, aqui coerentes com a nossa antiga tese, entendemos que uma **reforma penal** deve expurgar do direito positivo aquelas normas que estabelecem os **crimes de responsabilidade**, não raro definidos imprecisamente, em **tipos abertos**, afrontando a boa técnica na precisão do campo das ilicitudes descontínuas, que afasta a possibilidade das perigosas e arbitrárias analogias.

16. No que tange aos **crimes e contravenções eleitorais** não percebemos uma especificidade que justifique a distinção ou apartamento da legislação comum. A objetividade jurídica cabe na codificação civil, ainda que a proteção dos direitos dos eleitores constitua matéria para um capítulo distinto. Quanto às *outras espécies, são contra a Administração da Justiça, algumas ínsitas no Capítulo final do Título derradeiro do Código Penal, outras ali podendo conviver em boa companhia.*

Por outro lado, uma **poda descriminalizadora** no elenco dessas ilicitudes penais eleitorais será possível e valiosa diminuindo-se as **letras mortas** do ordenamento jurídico positivo.

17. Não nos referiremos espaçadamente, às pretensas **leis de trânsito**, quanto à sua preocupação de criminalizar condutas, embora, *ao tratarmos do novo Código Penal, aduzirmos notas aos tipos* fixados nos seus artigos 287 e 288.

Oportuno, entretanto, parece de logo recordarmos que as conclusões da II Jornada Latino-Americana de Defesa Social (acima invocada) foram no sentido de evitar a criminalização das infrações às regras do trânsito. Tendo por objetivo, aquele conclave, exata e exclusivamente o exame da matéria, a imensa maioria dos presentes foi contrária à idéia da criminalização, *sendo que os europeus (italianos e franceses, principalmente) demonstraram, querendo, ou não, a falência da repressão à conduta desregrada na direção de veículos, através de leis penais, a ponto de no velho continente começarem a rever o assunto no sentido da não incriminação.* E podemos afirmar que o pronunciamento de um dos Relatores, o Professor de Direito Penal e Senador da República (Paraná) ACCIOLY FILHO, laborado exaustivamente, foi decididamente conclusivo pela rejeição de normas penais para a repressão das transgressões às leis de trânsito.

VI — A Lei das Contravenções Penais

18. Mantida a separação entre os crimes e contravenções, estas em diploma legal distinto — separação que, igualmente, não

julgamos absolutamente necessária, a despeito de algumas regras especiais (territorialidade, elemento subjetivo, não punição da tentativa, maior compreensão para o erro) — não há muito o que reformular.

Claro que adotada a nomenclatura exclusiva de **prisão**, para a pena privativa de liberdade (desaparecendo as variações **reclusão**, **detenção** e **prisão simples**), segundo a proposição reiterada dos penalistas brasileiros, que não vêem qualquer vantagem nas diferenciações, afinal, meramente teóricas, se assim acontecer, há que alterar-se a redação do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, embora prevalecendo o critério objetivo e extrínseco ali formalizado, sendo, como é, impossível uma distinção ontológica entre crime e contravenção. Aliás, a nosso entender e sobretudo se ocorrer a unificação, como proposta neste trabalho, das normas incriminadoras penais esparsas em leis especiais, extravagantes e complementares, fora do Código Penal comum apenas ficando o que constitui conteúdo do Direito Penal Militar específico — as regras dessa Lei de Introdução bem poderão incorporar-se ao dito Código, sob o título de **Introdução**.

19. Absurdo, porém, se nos representa a redação do art. 4º (que deve desaparecer inteiramente) do anteprojeto SALGADO MARTINS, segundo o texto publicado no **DO** de 16-8-74. Pretende aquele passo da futura lei um conceito de contravenção que nem corresponde a todos os **tipos** contravencionais (há as de dano), nem a distingue dos crimes (pois há crimes de perigo).

20. Pequenas, mais razoáveis alterações outras, mormente no campo da pena, para dar-se prevalência à pena pecuniária, deverão ser feitas. Nos termos das sugestões de MIGUEL REALE JUNIOR ("Principais alterações da nova Lei das Contravenções Penais" in **Revista da OAB**, Seção do R. J., v. II, 1976, págs. 73/84), com as quais concordamos, inclusive quando adverte para a necessidade de explicitude quanto ao elemento subjetivo da contravenção (vinculando-o à concepção normativa da culpabilidade); e propõe a exclusão do **parágrafo único** do art. 43 do anteprojeto, que, hipocritamente, quer punir o anúncio comercial de anticoncepcionais, esquecido da abusiva propaganda de toda e qualquer medicação ao alcance do grande público, independente de receita, talvez uma das maiores fontes de renda dos grandes veículos da comunicação.

VII — O Código de Processo Penal. A instituição do Júri

21. Deixando para o final deste trabalho as considerações sobre o texto do Código Penal, que serão mais detidas e minuciosas (por motivos óbvios), aludiremos de imediato à reforma

do Código de Processo Penal, a ela vinculando a problemática da instituição do **Júri**, cuja soberania, tanta celeuma vem provocando.

22. Indiscutível a urgência com que se deve tratar da reforma processual penal, significando o atual Projeto de Lei nº 633/75 um notável momento a fim de ser ela concretizada. Não resultasse aquele projeto do trabalho original de JOSÉ FREDERICO MARQUES, alterado por ele próprio sob as vistas de HÉLIO TORNAGHI (as duas maiores autoridades sobre o assunto, neste País), já estaria representando um passo decisivo para a atualização das instituições processuais penais.

Aqui, ou ali, por sem dúvida, há que respigar-se uma nota, emendar-se, ou melhor ordenar-se o futuro diploma legal, consoante vários estudiosos da matéria já sugeriram, entre eles, pelo que conhecemos, NILZARDO CARNEIRO LEAO, professor titular das *Universidades Federal e Católica de Pernambuco*, cujo pronunciamento perante a Comissão Especial Parlamentar (do Congresso Nacional) foi sintetizado e repetido no V Encontro de Advogados de Pernambuco (1975), dando ocasião a um opúsculo de 43 páginas (**Projeto de Código de Processo Penal** — OAB, Recife, 1975). Neste, por sinal, vemos objeções sérias ao Projeto de Lei n.º 633/75 das quais adiante, destacaremos algumas.

23. Os artigos 25 e 26, do citado projeto, como redigidos, não satisfazem à garantia do **Juízo Natural** que é um corolário do princípio do **nullum crimen**. Realmente, se o governante pode alterar, surpreendentemente, a competência para julgar fatos já praticados, dando efeito retroativo à lei que modifica a competência (tal como no exemplo do AI nº 2, transferindo para a Justiça Militar o julgamento dos crimes contra a segurança nacional, repetindo o que ocorreu na Alemanha Nazista, em 1933), fácil será burlar aquele princípio, pois, nem sempre há **juizes em Berlim...** De causar espécie, em verdade, aquelas redações após o que nos ensinou o mestre FREDERICO MARQUES, sobre o **Juízo Natural**, num dos ensaios de seu livro **Estudos de Direito Penal**.

24. A expressão **delito**, usada por vezes, deve ser substituída por **crime** ou **infração penal**, evitando-se confusões por isso que a linguagem do direito substantivo brasileiro a desconhece, não tripartindo as infrações como entre outros países. Nem fica bem **autópsia**, posto de uso comum para designar a **necrópsia**.

25. O **julgamento sumário**, pela negligência do advogado defensor, estabelecido no art. 100, § 1º, letras **a** e **b**, é perigoso. Nenhum juiz poderá avaliar aquela **negligência**, quando o advogado, por exemplo, preferir não recorrer (ou a isso for recomendado pela própria parte), optando por providência posterior. So-

mente o órgão da classe, pela sua Comissão de Ética, chamado a opinar, se for o caso, terá condições de decidir.

26. A locução **moralmente legítimos**, do art. 294 não é feliz. Bastaria que o legislador escrevesse "... todos os meios legais, e ainda os não expressamente previstos neste Código, desde que não imorais ou constrangedores dos direitos da personalidade humana, serão admissíveis..."

27. Quanto ao **exame criminológico**, de que tanto receamos, poderá, realmente, significar um prejulgamento. Há quase 20 anos escrevemos sobre o assunto (**Anteprojeto de Código Penitenciário**, 1957), advertindo contra o perigo desses exames, no curso do processo, antes do julgamento, receando as imprecisões científicas em que se respaldam muitas das conclusões dos peritos. Estes, com freqüência, se contradizem, divergem entre si, às vezes só pela **escola** a que filiados. Entretanto, o **exame criminológico**, previsto no Código de Processo, é uma decorrência da lei substantiva, a nosso ver, no particular, digna de reparos, segundo ao depois referiremos.

28. A regra do parágrafo único do art. 764, condicionando a tramitação do processo de **habeas corpus** à não oposição do paciente, poderá ensejar dúvidas e iniquidades. E a fim de que não se imagine que os nossos pruridos de liberal estão vendo fantasma, trazemos à colação fato recentíssimo, ocorrido na Comarca de Carinhanha, Bahia, quando um juiz, atrabiliário e criminoso, mandou prender sumariamente um cidadão de conceito social, deixando-o incomunicável até que ele declarasse ser falsa a sua própria assinatura, em mandato outorgado a um advogado para representá-lo em juízo.

29. Relembrando o que antes escrevemos sobre a unificação das normas incriminadoras no Código Penal Comum, chamamos a atenção para a necessidade de serem abertos espaços, no Projeto nº 633 à regulamentação dos processos especiais atinentes às hipóteses todas incluídas na lei substantiva comum.

30. Enfim, tratemos do Júri e sua soberania.

Tanto têm escrito e opinado sobre a matéria, um grande número (a maioria indiscutivelmente) de juristas favorável ao veredicto soberano, que, nos parece desnecessário buscar o respaldo de autoridades, transcrevendo ou resumindo a opinião respectiva, ainda que seja de um RUI, de um ROBERTO LYRA, de um HÉLIO TORNAGHI ou de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (autor da emenda constitucional que fixou aquela soberania na Carta de 1946), mestres insignes, o último professor também de Direito Penal cujas lições permanecem vivas nas muitas páginas que nos legou.

31. De nossa parte e resumindo, propugnamos pelo restabelecimento da soberania, usando, apenas, três argumentos: 1) o

Júri soberano é uma forma remanescente — uma das poucas que restam — de um liberalismo que fincou raízes na alma brasileira, expressando sistema político democrático de que já sentimos saudades...; **2)** de nenhum dos defeitos que podem ser atribuídos à instituição (por força da ignorância ou sensibilidade dos jurados) estão imunes os juizes togados... sensíveis e ignorantes (para decisão de causas penais) tanto quanto os juizes de fato —, afirmação que fazemos, com tranquilidade e segurança, pronto a publicar casuística e episódios, após um longo tirocinio na advocacia, militando perante os tribunais superiores do País e a Justiça de 9 (nove) outros Estados da Federação, entre os quais São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais; **3)** as erronias dos juizes togados, sem especialização e condicionados à profissionalidade, são, freqüentemente, mais perniciosas do que as praticadas pelos jejunos, decidindo somente com sua consciência, ou por influências passageiras, a sorte de seu semelhante.

32. O que se faz necessário, sim, é uma remodelação do instituto. Sua simplificação. E, principalmente, que os Juizes de Direito, a quem cabe convocá-lo e presidi-lo, ao Tribunal do Júri, observem, como profissionais do direito, toda a disciplina jurídica que o modela, não **esquecendo**, segundo se observa com freqüência, de aplicar a lei sem vacilações e concessões.

VIII — O Código Penal

33. Com vagares, considerando que o diploma penal substantivo comum é bem o ponto culminante da desejada **reforma**, vertente da qual deverão partir as conseqüências básicas para a disciplina de todo ordenamento jurídico-penal positivo, seja **material** (leis outras especiais, complementares ou extravagantes), seja **adjetivo**, trataremos a seguir do chamado Código Penal de 1969, bastante alterado pela Lei nº 6.016/73 e ainda necessitante de revisão no fundo e na forma.

34. Considerações gerais. Sendo evidente que este trabalho é uma tentativa de crítica, menos de hermenêutica que de um estudioso ainda carente de explicações, em dúvida quanto aos motivos de certas perpetuações e os fundamentos deste ou daquele renovo, claro que não desceremos a uma apreciação **pari passu**, embora não seja possível fugir, aos quantos, dos momentos mais infelizes ou inovadores.

Isso explicitado, parece-nos caber, de início, a ressalva quanto ao equilíbrio, que será negativo (pela repetição de filosofia e instituições superadas), entre a Parte Geral contendo o sistema orgânico dos princípios que servem de respaldo às normas incriminadoras, e a PARTE ESPECIAL onde cristalizadas aquelas normas. Se a GERAL, na sua estrutura, reflete meca-

nismos de antigos modelos, insistindo, por exemplo, no uso dominante, senão quase exclusivo, das penas privativas de liberdade, procurando, a destempo, classificação de criminosos para abusar de tais sanções, refugindo, assim, às sugestões da nova era, a PARTE ESPECIAL, igualmente, não espelha aquela expressão político-jurídica de nossa época (com sensíveis modificações dos critérios morais e dos sistemas de valores), não surge evidenciando iniciativas descriminalizadoras ou despenalizadoras. Ao revés, cativa daqueles princípios julgados insuperados, foi com eles coerente, mantendo a rígida disciplina para o **aborto**, a equívoca e ampla **sedução**, a ridícula incriminação do **adultério**, e, ao querer inovar, foi às culminâncias de uma **inseminação artificial** precipitadamente tipificada sob as inspirações de moralistas tão ortodoxos quanto os que continuam vendo, para salvação do casamento, um crime na física infidelidade conjugal, figuras delituosas essas, neste passo, lembradas, tão-só, como exemplo, pois, aqui e ali, aquela coerência se estereotipa. Aliás, houve momento em que, desejando ser mais realista... , exumou um **incesto**, diretamente das Ordenanças de Felipe II, norma que irá dizer, além fronteira, somos, pelo que a lei memoriza, um povo que retrocedeu nos seus costumes.

Por outro lado, não há procurar-se o resultado de qualquer esforço no sentido de um sistema, mesmo relativo, dessa PARTE ESPECIAL, visando àquela sua reformulação orgânica, abrangente da posição do bem jurídico, mínimo possível, e aconselhável, da sonhada Teoria Geral da Parte Especial (Cfr. VOUN ROBERT, *Precis de Droit Penal Spécial*, págs. 5 e segs., Sirey, Paris, 1953), afora conhecidas páginas de GRISPIGNI ANTO-LISEI, ERIK WOLFF, e o recente MAURACH, em *Deutsches Strafrecht*, Bes, Teil, 3ª ed.).

Há normas **finais complementares**, nessa PARTE ESPECIAL, que bem mereciam, pela sua possível generalidade, fossem situadas com melhor sistematização, evitando interpretações equívocas. Vejam-se, por exemplo, a do art. 198, relativa a crimes contra o patrimônio; a do art. 379, § 2º, retratação em hipótese de **falso testemunho** ou **falsa perícia**; e a do art. 388, § 2º, concernente ao **favorecimento pessoal**. Em torno da primeira das normas acima indicadas, há quatro anos atrás, MAGALHÃES NORONHA escreveu algumas considerações contestando decisório judicial que entendeu indeclinável a ação penal, e de natureza pública, para a declaração formal de isenção de pena (cfr. "Crimes patrimoniais: imunidade penal e respectiva ação", *Diário de São Paulo*, ed. de 26-4-70). E por que não tentar-se a unificação daquelas **disposições gerais**, contidas em capítulos isolados, nos Títulos dos crimes contra o patrimônio, contra os costumes e contra a fé pública? Essa nomenclatura, aliás — **disposições gerais** — repete-se com bastante impropriedade, ao final do Código, para ressaltar a vigência da lei especial.

Ao propósito, o legislador de agora teria incidido no defeito técnico ocorrido com o Código de 1940, quanto à localização, piorando a emenda com a substituição do qualificativo, ali, **finais**, agora, **gerais**. Na verdade, penso que tal ressalva, em outros termos redigida, melhor ficaria num parágrafo do art. 12, estatuída nele já estando a **norma de integração**. Aquela ressalva, contida no último momento do Código, sobre a legislação especial, não passa de uma exceção mais explícita aos princípios gerais por ele cristalizados. Sobretudo, agora, com a Lei nº 6.016, que expungiu daquele art. 12 o trecho final — “Para os efeitos penais, salário mínimo é o maior mensal vigente no País, ao tempo da sentença —”, constitutivo de uma **norma de hermenêutica**, levando-a para o lugar apropriado, ou seja, o de um parágrafo do art. 44 (§ 2º), momento em que disciplinada, específica e miudamente, a pena pecuniária.

Detido, mais um pouco, em torno das **disposições gerais**, observamos que a do art. 343 (renumeração da Lei nº 6.016, de 31-12-73), mandando aplicar a regra do art. 65, § 1º (**concurso formal**), com maior benignidade ainda, vem, indubitavelmente, pôr um ponto final na controvérsia exegética, evitando a aplicação da pena mais severa pelos que rezavam na cartilha do **concurso material**, em hipótese de crime contra a **fé pública**, meio para a prática de **estelionato**. Aplaudimos a solução, que oferece deslinde a matéria tão discutida (divididos os estudiosos, no próprio campo da simples interpretação legal, em três ou quatro grupos). Entretanto, pessoalmente, guiado pela lição do inesquecido NELSON HUNGRIA (**Rev. Bras. de Crim. e Dir. Penal**, vol. 3, out.-dez. 1973 — pág. 18), preferimos ver, no caso, uma unidade jurídica. O crime de falsidade, exaurido com o **praejudicium alterius**, não passa de um estelionato qualificado pelo meio. Aceita a proposta de HUNGRIA como norma geral, isto é, sempre que o crime contra a **fé pública** for o meio empregado na prática de outro crime, este seria **qualificado**, sendo possível reduzir mais ainda (do que na hipótese de concurso formal) a pena respectiva, e, às vezes, limitando-se o arbítrio judicial, pois, fixada ela, a pena, sem as oscilações do acréscimo, que pode variar entre um sexto e a metade, aplicada a regra instituída com a Lei nº 6.016.

35. DISCIPLINA NORMATIVA DO APARENTE CONCURSO DE NORMAS — O demorar-nos em volta de tais fragmentos do “novo” Código, obriga-nos a outra **profissão de fé**. **Profissão de fé**, que hoje sentimos tanto mais necessária de explicitar quanto é certo que, em público, já perfilhamos o ponto de vista oposto (Cfr. **Crimes contra a fé pública**). É o caso: **nullum consilium quod mutari non potest** . . .

Trata-se do problema relacionado ao conflito aparente de normas. Inscrevendo-nos entre quantos estimariam ver a maté-

ria disciplinada no direito positivo, à maneira da proposição de HUNGRIA no seu Anteprojeto de 1963, temos por inconveniente a omissão.

À parte, mesmo, a polêmica travada entre aquele autorizado projetista e o professor da Faculdade Cândido Mendes, então Redator-Chefe da **Rev. Bras. de Crim. e Dir. Penal** (ver vols. 2, pág. 56, e 3, pág. 17), polêmica da qual nos pareceu sair incólume o ponto de vista sustentado pelo mestre HUNGRIA, não raro ficando, em face do simplório de certos argumentos opostos, com a impressão de que seu adversário combateu somente pelo amor ao debate, não lhe podendo increpar o só desejo de evidência, tão ao contrário de suas discretas atitudes pessoais. Mesmo sem querer repetir os argumentos ali expendidos (na publicação por último citada), que se nos afiguram irrespondíveis; ainda que esquecido da magistral explicação de OSCAR STEVENSON ("Concurso Aparente de Normas Penais", in **Estudos... em Homenagem a Nelson Hungria**, Forense, Rio, 1962, pág. 26); ou não aceitássemos, totalmente, o que escreveram LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA ("Conflito Aparente de Normas Penais", in **Rev. da Fac. de Dir. da UFMG**, outubro, 1965, Belo Horizonte — trabalho repetido, com alguns acréscimos, em **Justitia**, v. 75, págs. 7 a 35 — S. Paulo, 1971) e JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO (**Concurso Aparente de Normas Penais**, Gramacho, Salvador, Bahia, 1972); ainda assim, a vivência profissional advocatícia, a observação de estudioso, arrastam-nos, hoje, a porfiar pela inserção, no diploma legal, de normas que disciplinem a matéria.

Sem desejarmos delongas embora, mas, querendo apontar fatos que nos aconselham a essa atitude, consignamos um exemplo colhido no foro, talvez o mais importante do País, que é o da Comarca da Capital de São Paulo, onde os juizes devem ser do melhor quilate também intelectual. Pois bem, dali mesmo, saiu uma decisão de pronúncia, relativamente recente, porque de 1970, em que revelado, pelo seu prolator, absoluto desconhecimento da doutrina referente a solução do aparente conflito de normas, a ponto de pronunciar alguém como autor de tentativa de morte e de lesão corporal grave por **uma única ação** agressora, **contra uma única vítima**. Isso em São Paulo. Imaginemos o que não há ocorrido por esses brasis afora. Poderíamos citar outros episódios observados em processos criminais da nossa região, e aludir ao de S. Paulo, comarca de Santos (1972), em que o Juiz, alheio à categoria especial de facilitação de **contrabando ou descaminho** (art. 318 do Código Penal vigente) agravou a pena ao fundamento de haver sido o crime praticado com "violação de dever inerente ao cargo".

Contivesse a lei aquelas normas propostas por HUNGRIA, não serviriam elas de advertência a evitar tamanhos equívocos?

Não há quem pretenda aplicar a lei, mal a lendo e só olhando, e mal a jurisprudência catalogada, artigo por artigo do Código? Como esses — em grande número neste País imenso e de tantos desníveis culturais — irão surpreender, encontrar, nos livros da doutrina, as indicações certas para a solução da problemática, às vezes, intrincada, por sua própria essência técnico-filosófica?...

36. A PARTE GERAL do Código de 1969. Não nos sendo possível examinar, em trabalho como este, com um mínimo de profundidade, todo o contexto da PARTE GERAL, passaremos ao largo sobre matérias como a **retroatividade da lei mais benigna**, ampliado o princípio no art. 2º; o **lugar do crime** (art. 6º), com melhor redação que a do art. 4º do Código de 1940; as inovações, de caráter formal, quanto à **causalidade e relevância da omissão causal** (art. 13); conceito do **crime culposo** (art. 17, II) repetitivo de norma respectiva vigente, em que pese a redação original do Anteprojeto Hungria e do Decreto-Lei 1.004, conceito que preferíamos; o **erro de direito**, relevante como circunstância atenuante (art. 20); o **erro de fato** (art. 21), com tratamento mais rude e técnico; os **estados de necessidade e da não exigibilidade** de outra conduta (artigos 25 e 26), desdobramento cuja necessidade não nos convence pelo que a doutrina e a jurisprudência sempre entenderam como **excludente de criminalidade** sob a epígrafe do art. 20 do Código ainda vigente; a **imputabilidade**, substituindo, com a vantagem da precisão terminológica, a **responsabilidade** do Título III da Parte Geral do Decreto-Lei 2.848/40; do fim daquele **duplo binário** incongruente, que o legislador brasileiro de 1940 copiou do Código Rocco; e da **prescrição retroativa** (art. 110, § 1º) a merecer aplausos pelo que representa de atendimento à realidade brasileira, às dificuldades da execução da pena, e que já vinha sendo consagrada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, posto desvinculando-se da letra da lei.

37. Outros momentos, contudo, merecem algum relevo, como os concernentes às PENAS, à **perigosidade**, à **prescrição da reincidência**, e ao **criminoso habitual** ou **por tendência** (inovação, esta última, a respeito da qual guardamos algumas reservas).

Entretanto, porque muito já discutiram os penalistas brasileiros a respeito desses temas, a média de opiniões confluindo para **Recomendações e Conclusões** conjuntas, adotadas em conclusões de âmbito nacional, queremos crer que a transcrição, aqui, de tais manifestações formais e expressas, alcançará o destaque que tais matérias necessitam, sem nos tornarmos fastidiosos.

Haja vista, pois, as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo, no

ano transato, tendo como temário oficial os logo acima mencionados institutos:

1ª “O grau de periculosidade aferido obrigatoriamente pelo juiz, na sentença, consoante a legislação penal proposta, ainda que possa ser revisto no curso da execução da pena é de transcendental relevância, pois, indicará o tipo de estabelecimento penal a que o sentenciado deverá ser recolhido, ligando-se, diretamente, com a oficialização da prisão-albergue, além do **sursis** em regime de penas.

2ª Tendo em vista os dispositivos da legislação penal brasileira proposta, que estabelece a aferição da periculosidade mediante exame criminológico, deve tal exame ser feito, na medida do possível, por especialistas aptos para definir a capacidade criminológica e o grau de adaptação social do delinqüente.

3ª Deve ser mantida a aplicação da pena por tempo relativamente indeterminado, quanto ao mínimo, e somente às categorias dos criminosos habituais e por tendência.

4ª Reexame parcial do conceito de criminoso habitual, principalmente no que tange à habitualidade presumida que, na forma da legislação penal proposta, constitui uma presunção de culpabilidade.

5ª Reexame do conceito de criminoso por tendência, que deveria ser melhor explicitado.

6ª A pena deve assentar-se no requisito da culpa, de sorte que, ao ser aplicada, surge como retribuição ética da conduta. No curso da execução, porém, deve ser acrescido um sentido de readaptação.

7ª Urgência de uma reforma no sistema de penas. Que se fortaleça a luta que se vem empenhando, no sentido de que a pena de prisão se restrinja a delinqüentes que representam um perigo social, ou aos casos de comprovada necessidade, encontrando-se para os outros tipos de infratores, substitutivos penais satisfatórios.

8ª Nos casos de infrações passíveis de penas leves, e, ademais, sendo o agente primário, sem periculosidade e tiver reparado o dano, é de conveniência possa o juiz encerrar o processo após a instrução, reconhecendo a perempção.

9ª Independentemente da vigência do novo Código Penal, adoção em todos os Estados do Brasil do regi-

me de "prisão-albergue", quer através de lei estadual, quer através de **provimentos** dos órgãos competentes das magistraturas estaduais, pois, a concessão do trabalho externo em obras públicas ou entidades privadas, nada mais é do que a execução da pena através de laborterapia.

10ª Na parte geral da legislação repressiva proposta devem figurar dispositivos regulamentando a possibilidade de perdão judicial, considerando-o causa de extinção da punibilidade, subordinado a determinadas condições subjetivas e objetivas.

11ª A legislação penal proposta deverá admitir, como já o faz o vigente Código Penal Militar, a renovação do **sursis** quando a infração anterior não revelar má índole do agente. Ficaria assim redigido um dispositivo:

"A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa por dois a seis anos, se o condenado não tiver sofrido condenação anterior por infração penal reveladora de má índole, for de escassa ou nenhuma periculosidade e tiver demonstrado o sincero desejo de reparar o dano."

12ª Aquele que comete novo crime 5 anos após a extinção do cumprimento da pena por crime anterior tem direito a postular o **sursis**, graças à prescrição da reincidência em todos os seus efeitos.

13ª Necessidade de um Código de Execuções Penais dirigindo e orientando toda a política penitenciária do País, objetivando-se que não fiquem à mercê de deficiências da administração, aqueles que estão privados de liberdade (reservado, aos Estados, o direito de elaborar normas supletivas).

14ª Reformulação do sistema de execução das penas, modernizando o ultrapassado regime penitenciário brasileiro, com fundamento na realidade do País e nas necessidades de momento, atinando-se para os novos conceitos de execução penal no mundo moderno.

15ª A execução da pena deve ser feita sob um sistema interacionista, dinâmico e que garanta maiores poderes ao juiz na individualização concreta da pena, com efetiva fiscalização jurisdicional e que proteja todos os direitos da pessoa humana não atingidos pela sanção.

16ª A duração da pena pode ser reduzida na fase de execução por força da prevenção especial, corrigindo-se os erros de valorização do grau de desadaptação do condenado, não ficando o juízo da execução adstrito ao grau mínimo.

17ª No atual momento histórico brasileiro, devem ser eliminadas as expressões "reclusão", "detenção" e "prisão simples", substituídas pela expressão "prisão".

18ª É conveniente a substituição das expressões "velho", "enfermiço" ou "enfermo" e "criança" contidas na legislação penal proposta, pela fórmula genérica: crime cometido contra quem tenha sua capacidade de defesa de qualquer forma reduzida.

19ª O traficante de entorpecentes deve ser punido com maior severidade, levando-se em conta a nocividade da droga e a extensão do tráfico."

Enquanto assim se pronunciaram penalistas de todo o Brasil, alguns outros, na Capital de Goiás, em 1973, assinavam a "Carta de Goiânia", da qual extraímos os seguintes trechos:

"1. O Direito Penal moderno, como ciência dogmática e normativa, deve visar à defesa da Sociedade e à recuperação do delinqüente, de forma tal que a pena, em qualquer dos seus aspectos, contribua para o bem-estar social e para a adequação do delinqüente aos padrões superiores da civilização hodierna, prevenindo a Criminalidade.

2. As conquistas da Criminologia, como ciência não somente causal explicativa mas também valorativa, devem ser aproveitadas na elaboração das leis penais e no tratamento do delinqüente.

4. O quadro histórico atual do Direito Penal e da Criminologia torna imprescindível a substituição do sistema vigente de penas para permitir que o condenado, através das normas de conduta, a serem fixadas, se adapte aos valores sociais, participando ativamente do processo de sua recuperação.

5. O tratamento penal do condenado deve importar no respeito integral à dignidade humana de forma a restaurar-lhe a estima social e utilização do seu valor na realização do processo da sociedade.

6. Dada a insuficiência da pena privativa de liberdade para a ressocialização do delinqüente recomenda-se:

a) limitação do uso da pena de prisão exclusivamente para os sentenciados realmente perigosos;

b) adoção para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade, do regime de prisão aberta e prisão-albergue;

c) a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como: ampliação do perdão judicial, do **sursis** e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão;

d) maior amplitude da pena de multa, como a sanção que se tem revelado mais proveitosa na repressão dos delitos e recuperação dos delinqüentes;

e) substituição, nos delitos do trânsito, da interdição do direito de dirigir veículos moto-mecanizados pela medida de segurança de cassação de licença para direção de tais veículos (como aliás já estabelece o artigo 92 do C. Penal a vigor em 1974).

7. Como vários institutos no Código Penal e no mais recente Anteprojeto de Código de Processo Penal, a exemplo do criminoso habitual e do criminoso por tendência, são interdependentes, recomenda-se a simultaneidade da vigência dos dois diplomas legais." (Esta "Carta" levou as assinaturas de Salgado Martins, Benjamim Moraes, Everardo Luna, Raul Chaves, Alcides Munhoz Neto, Manoel Pedro Pimentel, Odím Americano, Luiz Vicente Cernicchiaro, Juçara Leal, Virgílio Donnici e Licínio Leal Barbosa).

38. Pelo contido nas conclusões supra transcritas é tranqüilo o consenso dos entendidos sobre a necessidade de uma revisão substancial em trechos, de maior repercussão, da Parte Geral do Código de 1969, notadamente no que diz respeito às penas, sua aplicação, sua forma de execução e os estabelecimentos penais necessários, bem como a moderação com que devem ser cominadas as privativas de liberdade. Em torno dessa matéria e para confirmação do pensamento mais autorizado dos doutos, há páginas preciosas de MANOEL PEDRO PIMENTEL (Conferência no Instituto Brasileiro dos Advogados, Rio, 1974), de EVERARDO LUNA (*Justitia*, v. 90, pág. 23/1975), de EVANDRO LINS (falando pela Sociedade Brasileira de Criminologia e em entrevista pessoal a *O Globo*, ed. de 22-7-1976), e de RENÉ ARIEL DOTTI (*Pesquisas Sobre a Reforma Penal*, Curitiba, 1973).

39. A PARTE ESPECIAL do Código de 1969. Ela não alterou, na sua estrutura, o que do diploma vigente, conservando os

mesmos Títulos, sob idênticas denominações, apenas surgindo, entre eles, alguns capítulos novos, e o Título autônomo para os crimes contra a propriedade imaterial, apartado do contra o patrimônio, sem qualquer razão aparente ou técnica, solução diversa da que o legislador adotara no Título I, onde abarcou espécies multifárias, inclusive a do **genocídio**.

Supresso o capítulo "Da Rixa". ficando o modelo típico desse crime no elenco dos "contra a incolumidade individual", opção que não merece censura, pois, o relevo já não será necessário, como ao tempo do Código de 1940, em que a figura surgia autônoma (e em boa hora) pela vez primeira. Correta, ainda, afigura-se-nos a ressalva expressa na hipótese de **rixa complexa**, em que a pena pela morte ou lesão grave será aplicada cumulativamente contra o autor da lesão maior ou letal, se identificado ele. Lamentável, apenas, que o legislador não aproveitasse a oportunidade para uma definição do instituto da rixa, diante da controvérsia existente entre os que admitem a tentativa (NELSON HUNGRIA, utilizando argumentos e exemplos alheios, que não convencem) e os que, com melhores argumentos — consoante nossa opinião — negam sua possibilidade ou relevância jurídico-penal por ser crime unissubsistente, que surge **improvisa certatio**, sem prévio concerto. A estruturação conceitual na lei (o que ela continua fazendo, até, em relação ao **furto**) evitaria dúvidas e confusões, surgidas em decorrência do alheamento à **subtaneidade** e da não atenção para que os seus participantes, mais de dois, que se atrimam, ou se agridem, mutuamente, cada qual por si... Deus por todos. Defendendo esse ponto de vista, já em 1957, escrevíamos desejando contestar a estranha doutrina de MASI, perfilhada por HUNGRIA (Cfr. "Notas sobre o crime de rixa", in *Forum*, v. XXIX, pág. 8, Bahia, 1957).

40. O crime de contágio venéreo. Supressas as figuras típicas dos crimes de contágio venéreo e de moléstia grave, não tendo ocorrido, propriamente, uma descriminalização, porque compreendidas pela norma do art. 134, uma espécie de regra geral contra a exposição da vida ou da saúde a perigo. Concordando com esse entendimento, que foi inserido na Exposição de Motivos (nº 45) assinada pelo Ministro GAMA E SILVA, rejeitamos, **permissa venia**, as explicações com base no progresso da medicina e na ausência de repercussão forense.

Quanto à primeira, do que se sabe hoje, o que está divulgado a toda hora, é a incidência maior das doenças venéreas, ao tempo em que, a par com uma certa imunização (resistência aos antibióticos), que adquiriram aqueles germes todos, o processo anticoncepcional do anovulatório (pílula), mais difundido, não se casa, como aqueles outros (do **condom**, por excelência), para a prevenção do contágio. E acresce a **liberdade sexual**... de gente incauta, jovem, sem memória (ao menos oral) do terrível

espectro dos males venéreos, preocupada apenas em não conceber. para não ser obrigada a abortar. . .

No que diz com a repercussão forense, o argumento chega a ser gracioso, saindo de quem sustenta a necessidade de continuar como ilicitude penal o adultério, e persiste, tão severo, ao incriminar o aborto e punir a gestante que abortou.

41. Crimes contra a vida. Passando a refletir sobre particularidades, guiado pela ordem estabelecida na Parte Especial, começando com o relativo à proteção à vida, Título I, para seguir até as alterações inovadoras inseridas entre os crimes contra a administração da Justiça (último Capítulo do Título XI), cuidaremos, embora a largos trechos, indicar o que merece maior atenção. E é claro que não esgotaremos o assunto, nem diremos a última palavra sobre a matéria. Mal poderemos sublinhar alguns momentos felizes ou assinalar — como talvez repetisse LUCHINI — os espinhos das flores a serem colhidas. . .

Servindo-nos, tantas vezes, de trabalhos semelhantes, realizados por mestres, evitaremos insistir no que melhor dito, limitando-nos, então, a indicar as fontes, trabalhos esparsos que mereciam reunião, ou coletânea, para as consultas necessárias à revisão pretendida. Ao propósito, vale lamentar que as Comissões Revisoras e os encarregados ministeriais de leituras últimas, não divulgassem os seus trabalhos, os seus **votos**, suas opiniões, trazendo a público atas, sugestões, pareceres. Repetiu-se o que ocorrera com o Código de 1940, cuja Comissão Revisora do Anteprojeto Alcântara, tão altamente integrada, deixou apenas para o relato memorial, a jeito de reminiscências, o que nela se discutiu. Se alguns depoimentos ficaram, bem sucintos e parciais, são insuficientes ao melhor entendimento da matéria. Perdeu o hermeneuta, que poderia encontrar valiosos subsídios nos registros das discussões travadas no momento da revisão.

Relativamente aos crimes contra a vida, observamos, inicialmente, que o legislador de 1969 (e o de 1973 — Lei nº 6.016) deixou passar a oportunidade para extremar, em disposição autônoma, o chamado **homicídio privilegiado**, ou seja, a hipótese de crime contra a vida, para a qual se prevê acentuada diminuição da pena. Seria melhor a autonomia dessa figura, até para evitar-se dúvidas quanto à aplicação da **minorativa**, em hipóteses de homicídio qualificado. Se, em alguns casos, quando o que qualificou foi o motivo — fútil, torpe — ou o **fim**, é de fácil evidência **contradictio in adjecta**. Mas, se se trata de qualificação pelo **modo** ou **meio** de execução, surge a dúvida e esta vai espalhando pelos tribunais, alguns arestos repelindo a diminuição da pena, outros a aceitando dentro na tese de aplicação analógica **in bonam partem intra legem**. Há mais argumentos em favor da autonomia. Mas, podem ser vistos em

várias páginas de autores respeitados, como, por exemplo, OLAVO OLIVEIRA, que, no seu bastante divulgado **Delito de Matar** (Imprensa Universitária do Ceará, 1959, págs. 164 e segts.), sugere essa solução, lembrando o conflito jurisprudencial e sustentando sua forma autônoma. Ela evitaria várias discussões. Sobre o **direito à minorativa** (em contraposição à **faculdade** da concessão pelo Juiz) e sobre questões relacionadas com a prescrição da pena **in abstracto**. Impediria aquelas decisões díspares, que torna iníquo o tratamento diverso para hipóteses idênticas.

Ainda quanto a esse **homicídio privilegiado** (impropriedade terminológica consagrada no foro, e que o próprio HUNGRIA respeitou), há que atentar-se para a lição de CUSTÓDIO DA SILVEIRA, propondo a exclusão da exigência de uma reação imediata ou simultânea à provocação da vítima. Convincte a argumentação que esse publicista paulistano desenvolveu na sua conferência relativa ao Anteprojeto Hungria, pode ser lida na publicação do Instituto Latino-Americano de Criminologia **Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro** (Imprensa Oficial, S. Paulo, 1965, pág. 258). Ressalvamos, porém, que preferindo aceitasse o legislador aquela emenda supressiva, excludente da condição de imediatidade ou simultaneidade da reação, que evitaria perplexidade quanto ao tempo do intervalo entre a provocação e a reação, impedido não nos reconhecemos para advogar tese segundo a qual o **logo em seguida** não impede hermenêutica menos liberal, pois, a lei, realmente, não "pode ser tão malvada que diga ao indivíduo: mata rápido ou não te benefício; não suporta!" (RICARDO NUNEZ, *apud* Custódio da Silveira, *ob. cit.*, pág. 253). Algum intervalo, possível de ocorrer pelo tempo, que passa o agredido, da surpresa para a emoção violenta, **processus** de formação do estado psíquico facilmente compreensível, há que ser tolerado. O **sine intervallo** não deve ser absoluto. O **incontinenti** pode ser entendido à maneira do **logo após**, do flagrante presumido (CPP, art. 302, III), equiparada essa última locução da lei adjetiva nacional à dos franceses — **temps voisin** —, ou às dos italianos: **tempo prossimo**, **immediatamente dopo**, e **poco prima** (ver EDUARDO ESPINOLA, **Código de Processo...**, v. III, 2ª ed. FD 1945, pág. 343). A mora na reação nem sempre indica o ódio guardado, o rancor concentrado, a vingança tardia. Só porque houve algum intervalo, que não comportava uma concentração de ódio, nem implicava num disfarce da emoção, não se deve excluir a minorativa. Também rejeitamos aquela expressão **vingança**, para caracterizar a reação emocional, ainda que imediata. É vocábulo com bastante sentido pejorativo ao menos avisado parecendo referto da premeditação, que desmente o **impetus**. Vingança, não será propriamente aquela resposta ao estímulo da agressão. Precoce, contemporânea, ou tardia, se se trata de

vingança, algo reflexiva, não se deve confundir com o impulso psico-físico-reativo que surge no auge da emoção.

Referindo-nos ao **homicídio qualificado**, vê-se, no Código "novo", acréscimos não reclamados pelos intérpretes e aplicadores do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940.

Ora é o da **cupidez**, insita no homicídio mercenário, praticado mediante paga ou promessa de pagamento.

Por igual, exacerbado o casuísmo do **homicídio qualificado**, o último legislador penal aduziu aquele motivo libidinoso (excitar ou saciar desejos sexuais), que, se consciente, já é **torpe**, abjeto, indecoroso, imoral; parecendo, entretanto, no mais das vezes, impulso mórbido ou patológico. excludente de imputabilidade.

Enfim, como surpresa, a própria **surpresa**, inumada no mesmo jazigo do Código de 1890, porque o de 1940 a entendeu compreendida na fórmula ampla (mais técnica) de "outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido". Ressuscitada, surpreendentemente, difícil será enxergá-la senão como exagero, gastando sua atenção, o legislador, com uma insignificância.

Ao burilar o **homicídio culposo**, por alguns dito **qualificado** (art. 120, § 4º), terá sido feliz o legislador retirando o que vem no § 4º do art. 121 do Código vigente, após o "deixar de prestar socorro imediato à vítima". Redundante, o que se segue — "não procura diminuir as conseqüências do seu ato" — é inadequado mencionar a fuga para evitar prisão em flagrante. Se a fuga impede socorro imediato, na omissão deste já está prevista. Fora daí é punir uma fuga, pela fuga, desconhecendo o sacrossanto e universal direito a ela. Subtrair-se à ação da autoridade repressora é atitude tão reconhecidamente humana que nenhum sistema jurídico a qualifica como ilicitude. Assim, mesmo supresso aquele jocoso art. 291 da redação primeira do Código novo (que teria inspirado o corte no § 4º do art. 120), o legislador de 1973 manteve a redação original desse § 4º, como estava no Decreto-Lei nº 1.004. (*)

(*) N.R.: — A Lei nº 6.016/73 suprime o art. 291 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.004/69:

Fuga do local do acidente, com abandono da vítima.

Art. 291 — Causar, na direção de veículo motorizado, ainda que sem culpa, acidente de trânsito, de que resulte dano pessoal, e, em seguida, afastar-se do local, sem prestar socorro à vítima que dele necessite:

Pena — detenção, de seis meses a um ano, sem prejuízo das cominadas nos §§ 3.º e 4.º do art. 121 e no art. 133.

Isenção de prisão em flagrante.

Parágrafo único — Se o agente se abstém de fugir e, na medida que as circunstâncias o permitam, presta, ou providencia para que seja prestado socorro à vítima, fica isento de prisão em flagrante.

Poderia o legislador, refletindo medida de política criminal protetora da vítima, somar a seu favor, explicitando o inverso, com a promessa de uma **causa especial de diminuição (minus** mais sensível do que a circunstância atenuante do art. 58, III, letra **b)** para o agente que prestasse imediato socorro à vítima. Estaria coerente com aquela idéia, absoluta e primordial, de que a lei não se preocupa em punir o criminoso, mas em proteger o cidadão. É o que sempre vemos naquela **coação psicológica**, que tanto previne, exercida pela lei, somente com sua institucionalização (FEUERBACH).

No texto original desse Código de 1969, promulgado pelo Decreto-Lei nº 1.004, há um § 5º do art. 121 (este, agora, renumerado em 120). Projetando alterações, o Poder Executivo encaminhou, em setembro de 1973, ao Congresso Nacional, Mensagem, propondo a supressão daquele § 5º, como um corolário da retificação, também proposta, para os dispositivos disciplinadores do concurso formal (Cfr. Exposição de Motivos, nº 10). Aceita foi a proposição, quanto às alterações dos arts. 65, 66 e 67, e supresso o § 2º do art. 133 (renumerado como 132); bem assim modificada a redação do art. 347, renumerado para 343. É o que se vê da Lei 6.016, de 31-12-1973, publicada no **DO** daquela data e republicada no de 6 de janeiro seguinte. Dela, dessa Lei nº 6.016, não se vê, entretanto, que supresso haja sido o mencionado § 5º do art. 121. Ao contrário, pela omissão dessa mesma Lei nº 6.016, que indicou expressamente supressões muitas, há que entender-se mantido aquele § 5º. Pouco importa ele contradiga o princípio geral, estabelecido no § 1º do art. 65. Será uma exceção, como norma especial, se não corrigida a anomalia antes da vigência da lei. (**)

Encômios merecerá também o legislador pelo trato que deu à "Provocação direta ou auxílio ao suicídio", conservando a condição objetiva de punibilidade. Não nos rendemos aos

(**) N.R.: — Decreto-Lei n.º 1.004/69, alterado pela Lei n.º 6.016/73:

"Art. 120 —

Multiplicidade de vítimas

§ 5.º — Se, em consequência de uma só ação ou omissão culposa, ocorre morte de mais de uma pessoa ou também lesões corporais em outras pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade."

"Art. 65 —

§ 1.º — Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes a que se cominam penas privativas de liberdade, impõe-se-lhe a mais grave, ou, se da mesma espécie, somente uma delas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade. Se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente."

argumentos em contrário, pois, se o agente "já teria revelado toda sua insidia, toda sua pérfida periculosidade", ao induzir, instigar ou auxiliar o suicídio frustrado, ou reduzido a uma lesão leve, o caso seria para equipará-lo ao do **crime impossível** e à regra geral do art. 27 do Código vigente, ambos os dois princípios repelindo o critério subjetivo absoluto para a punição, admitida, tão-só, a medida de segurança em face da perigosidade revelada.

Entretanto, não nos afeiçoamos à alteração redacional (**instigar** antes de **induzir**), nem ao **nomen juris**, diverso, que teria sido necessário para distinguir a nova figura, "provocação indireta ao suicídio", colocando-nos, no particular desse acréscimo incriminador, em posição contrária aos que elogiaram a cópia do Código búlgaro (art. 138). A margem mesmo das considerações de CUSTÓDIO DA SILVEIRA (ob. cit., págs. 256-277), levando em conta o descompasso entre a pena para a **provocação indireta ao suicídio** e a imposta pelos **maus tratos** de que resulta a morte, fincamos pés no chão, preocupados com o perigo a que expostos os casais desajustados, cujas intimidades, para começo de prova ou prova plena, seriam testemunhadas por domésticos e vizinhos... O Brasil não se esgota com o Rio, S. Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife ou Salvador. Mais do que isso e menos, pela uniformidade cultural, do que a República constituída pelas antigas Trácia e Mésia, com civilização estimulada pelos romanos desde que Augusto a conquistara. Na verdade, é, ainda, em muitas paragens, um país de "comadres" maledicentes, "fofoqueiras", que metem sua colher... à-toa.

Penetrando, por diante, em terreno prenhe de espinhos e armadilhas, repetimos declaração formal adversa à rigidez para a punição do aborto. A lei brasileira permaneceu alheia à realidade, numa época em que 120 líderes, religiosos, filósofos, sociólogos, cientistas, escritores, assinam o Manifesto Humanista II contra a massificação do indivíduo, chegando a advogar o direito ao divórcio, ao controle da natalidade, ao aborto. SKINNE, psicólogo de Harvard, SIDNEY HOOK, professor emérito de Filosofia da Universidade de Nova Iorque, o Rabi MORDECAZ KAPLAN, FRANCIS CRICK, co-descobridor britânico da estrutura da molécula do DNA, ANDREN SAKHAROV, físico soviético dissidente, puseram seus autógrafos naquele Manifesto de 4 mil palavras.

O legislador desconheceu o número astronômico dos casos de aborto sem repercussão forense (é o caso...), mantendo-se religiosamente incorruptível. Não se preocupou em investigar as razões e motivos para a quantiosa incidência e seu desconhecimento formal, como se um fato deixasse de existir só porque se deixa ignorado. Há meses os jornais de Pernambuco

noticiaram que, pela 1ª vez, desde 1942, o Tribunal do Júri do Recife iria julgar um caso de aborto. Chegamos a sentir inveja da eficiente Justiça da Mauricéia, não podendo prever quando haverá estréia em Salvador... Malgrado isso, calculamos que só numa das ruas da nossa quadriavoenga cidade (por coincidência rua Padre Vieira...) onde se aglutinam vários "consultórios", praticam, em média, nunca menos de três abortos criminosos a cada sol...

A imprensa baiana (*Tribuna da Bahia*, Salvador, 29 de abril, 1974) publicou declarações de médicos da Maternidade Tsyla Balbino, segundo as quais, naquele estabelecimento, em 1972, foram atendidas cerca de 4.200 mulheres que teriam abortado criminosamente. Esse número diz respeito ao percentual de 80%, que calcularam, dos 5.220 casos de aborto a que atenderam. Imagine-se, então, que em uma só maternidade desta capital, com 1.100.000 habitantes, aparecem, num ano, em média, quase 12 abortos criminosos por dia.

E não há deslembrar a denúncia, de há dois anos, constante do documento editado pelos 81 professores de Medicina, afirmando que são praticados, no Brasil, quase um milhão e meio de abortos, anualmente (*Jornal do Brasil*, ed. 29-2-1972).

Por que, então, não se procurar solução mais condizente com essa realidade, como as adotadas por lei inglesa de 1968 e a de abril de 1970 do Estado de Nova Iorque?

A lei búlgara serviu de exemplo para a instigação indireta do suicídio. Por que não a respeito do aborto? E as da Hungria, do Havai, do Alaska, lembrando as mais recentes, sem olvidar as da Suécia, Islândia, Dinamarca, Finlândia, Noruega, URSS? A do Japão, recentíssima, preferiu liberar o aborto em clínicas oficiais, para o controle da natalidade, do que permitir a importação de produtos anticoncepcionais de fabricação estrangeira.

Destarte, não passa de uma esmola a novidade do "aborto por motivo de honra", fazendo parêntese com o "terapêutico" (art. 129), esmola bem sumária diante da eliminação do descrímene para o aborto sentimental ou da estuproada, descrímene que até devia ser ampliado para alcançar abortos em hipóteses de concepção resultante de outras ações criminosas contra os costumes.

Enfim, só percebemos em o novo "aborto por motivo de honra" uma concessão, nos moldes das que equiparam a concubina à esposa, a fim de prorrogar a solução do divórcio. Concessão mesquinha, incolor, que nem sequer admitiu um **perdão judicial**, para a gestante, e a substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, para quem o provoca; medida, aliás, aquela, do **perdão judicial**, que julgamos devia es-

tar prevista para todos os demais casos de aborto criminal consentido.

42. Passando do dramático ao lírico, olhamos para o **genocídio**, a passos largos.

Momento expressivo da utopia, o da normatização de crimes contra a humanidade, será ridículo incorporar-se suas normas na legislação ordinária nacional. O egoísmo das nações, que ainda por muito tempo imporá as separações, inclusive raciais e étnicas, colocando os povos e os grupos uns contra os outros, não permitirá, jamais, que um país menos poderoso militarmente tome qualquer iniciativa a fim de punir quem, originário de outro estado preparado atomicamente para a guerra, haja porventura tentado destruir um grupo nacional, étnico ou religioso.

Mas não nos queremos perder em digressões puramente literárias uma vez que a Convenção de 1948 não passa de um poema — belo poema, embora — do qual deflúiram as estrofes românticas da legislação nacional. Tentando apenas considerar o aspecto técnico, fiquem duas indagações: — Será o genocídio um crime contra a pessoa, a ser incluído, no Código, sob esse título? De qualquer forma, categoria de crime contra a pessoa, ou não, **letra morta**, que tem sido, e continuará, não ficaria mais discreto na legislação esparsa (já que tanta lei especial e extravagante flutua por aí), evitando disputar, com o aborto, o adultério e alguns mais, o prêmio pela desmoralização da principal lei repressora da criminalidade?

43. Os crimes contra a honra de pessoa jurídica. Tendo em vista a **sedes materiae**, não nos convencemos quanto à “ofensa à pessoa jurídica”, e seu aumento especial de pena (art. 147 e seu parágrafo). A primeira, na essência, admissível se se referisse à pessoa jurídica de direito privado (a empresa), parece deveria ficar entre os crimes contra a propriedade imaterial. O aumento de pena, inteiramente razoável se admitida a inovação, mas, na lei de imprensa, já que ali temos os **crimes de imprensa**.

44. Publicidade opressiva — Coação indireta... (art. 386). Com o mesmo sentido, opomos embargos à inclusão, no Código, da **coação indireta, nomen juris** na Lei 6.016. Tipo aberto, aliás, já **anormal** “com o fim de exercer pressão”, tudo indica será outra **letra morta**. Que fique no vale comum da legislação especial... Prejudicará menos o ordenamento jurídico penal, cujo diploma mais visível, mais importante, é o Código.

45. Violação de intimidade. Quanto à “violação de intimidade” (art. 161) não poderá ser, nem será punida sem a divulgação, que constitui, por sem dúvida, o grande mal. Deve o Código despear-se dessa ligação, e ela, a fórmula, liberar-se

do § 1º, que deve ser elemento do crime. Indo tudo para o agasalho da lei disciplinadora dos meios de comunicação, persistindo sua autonomia.

Mantida sob a égide da Lei nº 6.016, melhor alojada estaria, se de parede-meia com a "violação de domicílio", na Seção II do Cap. VI dos crimes contra a liberdade.

Se a norma pretende proteger a intimidade da vida privada, agora ameaçada de revelação pública — graças à tecnologia de hoje, com suas teleobjetivas e instrumentos outros — essa **vida privada**, cuja devassa se quer impedir, é a que se desenrola no domicílio. Mas não configura, propriamente, um **segredo**, fato sobre que se guarda rigoroso silêncio, não o comunicando a terceira pessoa.

Observamos, também, ser fácil compreender que pronunciamos palavras (frases, declarações, confissões) na intimidade, muitas das quais improferíveis em público. Mas difícil será atinar com o que seja **discurso** para auditórios íntimos, sem público. Assim, naquela cauda dos discursos que não foram pronunciados publicamente, o legislador tornou a lei jocosa, lembrando certa página de GUIMARÃES ROSA. ("Os Chapéus Transseuntes" — novela em torno da Soberba — da publicação **Os Sete Pecados Capitais**, ed. Civilização Brasileira, Rio, 1964).

46. Crimes contra o patrimônio. Entre os crimes contra o patrimônio há muito o que sublinhar entre as inovações benéficas. O trabalho de crítica ao Anteprojeto Hungria, realizado por MAGALHÃES NORONHA, produziu bons resultados (Cfr. a citada publicação do ILAC, **Ciclo de Conferências..** págs. 57 a 78). O respeitável professor da Universidade Mackenzie, festejado publicista como autor de obras valiosas sobre a especialidade, foi, quase sempre, bem lido e considerado. Mas os revisores do anteprojeto não aceitaram algumas de suas proposições, como a do acréscimo — "no estado em que se encontrava" — à redação do art. 165, oportuno adinículo, necessário à conceituação plena do **furto de uso**, consoante lições de vários mestres, entre estes a de MANZINI (**Treatato...**, Nuova edizione, Torinese, Torino, 1952, v. 9, pág. 325) lembrada por NORONHA. Há que insistir-se. A restituição imediata se completa estando a coisa no estado em que se encontrava antes do **uso indevido**. Sem esse elemento, a simples restituição não desfigura sensível lesão, desfalque, ao patrimônio, caracterizado o furto comum pelo locupletamento irressarcível imediatamente.

Há que ver-se, de volta, o **abgeato**, ainda que redação restritiva, excluídos ficando os eqüinos, uma vez que, se **deixados**, também, em campos ou retiros, os **cavalos** não são considerados como "reses" pelos léxicos, nem o são, também, na linguagem corrente. Noutra passo, o **privilégio**, no furto da coisa comum, só foi estendido à apropriação indébita da coisa comum,

não atendendo o legislador à sugestão de NORONHA, que o quer para todos os crimes patrimoniais que o comportem.

A propósito, a **atenuação** dos §§ 1º e 2º do art. 164, entendida extensível a hipóteses de **furto qualificado** por IVO DE AQUINO nos trechos do seu Código Penal Militar (art. 240, § 7º), assim como acolhida a tese em alguns tribunais no que diz respeito ao Código vigente (§§ 1º e 2º do art. 156), bem que seria mais adequado, evitando-se a disparidade dos decisórios, a transposição desses §§ 1º e 2º de modo a abranger o **furto simples** e o **furto qualificado**, modificadas as remissões existentes nos arts. 182, no § 3º do art. 183, e no § 3º do art. 187.

Há que ver-se, ainda, a **chantagem** (art. 170), inovação bem vinda, a despeito de certa disparidade entre a sua sanção e a da **extorsão indireta**; e a **usura** (art. 194). Quanto a essa última figura, o legislador terá atendido a certos reclamos, atualizando e fixando normas revogadas pelos costumes (Cfr. **Rev. Jurisp.**, vs. 36 e 47, págs. 46 e 558, respectivamente). E não querendo parecer usurário, lembramos a leitura do trabalho de FRANCISCO LACERDA DE ALMEIDA — “A Usura no Novo Código Penal”, in **Justitia**, Anais do I Cong. do M.P. do Estado de São Paulo, v. I, 1971 —, com advertências que valem ser conhecidas e ponderadas. Sugerindo, por outro lado, um confronto entre esse fragmento do “novo” Código (art. 194) e a chamada Lei de Mercados de Capitais, que se nos apresenta como uma **prejudicial** àquele, tornando ociosa a figura, no Código, do crime de usura.

47. Fraude em jogo desportivo e competição. Admitindo, embora, a proteção penal contra o **doping** no desporto, procurando resguardar a pessoa humana, rejeitamos na amplitude que lhe deu o Código, agasalhando-a como tipo de fraude em competições de animais, esporte de privilegiados, vivendo mais às custas da bolsa de incautos profetários, como é a **corrida de cavalos** (a principal ou única competição que estará sendo protegida), não merece tanta proteção legal.

Aceitamos, pois, e tão-só, a incriminação em hipótese de **doping** da pessoa humana. Mas para ser punido entre as ilicitudes contra a saúde pública, como variação da tipificada no art. 311, independente da obtenção de vantagem econômica, e com um **plus** na pena.

48. Cheque sem fundo e crimes contra a fé pública. Procurando destacar o assunto, a problemática do **cheque sem fundo** (art. 183, VI), cujo trato foi substancialmente modificado através da Lei nº 6.016, desde a denominação até a supressão da figura distinta (protetora do instituto do cheque em si mesmo) que ficara estampada no art. 335 do Decreto-Lei nº 1.004, afirmamos não convence o argumento da Exposição de Motivos, que acompanhou a mensagem de 1973, propondo as alterações.

Constituindo-se a matéria, já hoje, um verdadeiro “cabo de tormenta” no direito positivo brasileiro, asseveramos, simplesmente, que, salvo a modificação proposta por MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 70), para a redação daquele inciso VI — “... emite cheque, não pago pelo sacado, por insuficiente provisão de fundos ou por haver frustrado o pagamento” — redação que será a melhor, adotando seus fundamentos, salvo isso, não arredamos o pé do escrito em “Crimes contra a fé pública” (supracitada publicação do ILAC, **Ciclo de Conferências** . . . , págs. 89 e segts.). A propósito, reeditamos tudo quanto ali ficou gravado, relativamente, aos “crimes contra a fé pública”, aceitando o que, do Anteprojeto Hungria, conservado no Código “novo”; e fazendo restrições ao que não considerou o ali sugerido, uma vez que mantemos aqueles pontos de vista, entre eles, o da necessidade da criação de uma forma culposa para o **reconhecimento, como verdadeiro, de firma ou letra que o não seja** (art. 324).

49. Destacamos, também, a figura do art. 190, “Títulos irregulares”, como outro momento de desacerto do legislador de 1969. Mas, para convidar os estudiosos a lerem o trabalho de HEITOR GOMES DE PAIVA (“Código Penal de 1969 e as figuras penais de Direito Comercial”, in **Rev. Jurld.**, v. 81, Porto Alegre, 1973. págs. 9 a 35). O que ali escrito, demonstrando, até, ser uma norma impossível, já justifica plenamente a necessidade da revisão, ao menos, de tal passagem do “novo” Código.

50. Querendo evitar um prolongamento ultra-exagerado para essas considerações, igualmente apenas lembramos, sobre os crimes contra a propriedade industrial, a excelente exposição de CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FRÓES, publicada na **Rev. de Informação Legislativa**, do Senado Federal (nº 27, págs. 183 a 198), em cuja conclusão ele salienta a flagrante e clamorosa desarmonia entre o Decreto-Lei nº 1.004, Código Penal, e a lei sobre a propriedade industrial, apesar de ser, a segunda, da mesma data, 21 de outubro de 1969...

51. **Crimes contra os costumes.** Entre os crimes contra os costumes, encontra-se o verbo **presenciar** na figura do **atentado violento ao pudor** (art. 239), suprimindo uma lacuna do Código de 1940, que deixava impune o agente que constrangia o menor de 14 anos a **presenciar** ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O argumento de NÉLSON HUNGRIA, de ser desnecessária tal proteção, ao menor de 14 anos, em virtude de sua inocência, parece jamais convenceu alguém.

A substituição do vocábulo **atentado** (art. 216 do CP 1940) pela **ofensa** (art. 241), bem como a redução da pena máxima para essa forma de fraude sexual parecem oportunas. Não, a modificação do nome do Capítulo — Crimes contra a **disponibilidade sexual** —, quando era “. . . contra a **liberdade sexual**”.

Lemos nos mesmos livros da vida, lidos pelos que pensam superada a necessidade de um crime de sedução, como o que tipificado no art. 242, repetindo o 217 do Código de 1940. **Nem tanto ao mar...** A **permissividade** dos novos tempos não enseja acreditemos em inexperiência a ser protegida até os 18 anos. E o próprio legislador, ao incriminar o **rapto** consensual, reconheceu a voluntariedade invencível da jovem, reduzindo para 18 anos sua proteção, nesse caso, a despeito da norma visar principalmente o reforço da autoridade dos a quem cabe a guarda dos menores. Mas, estamos num Brasil de muitos **interiores**, sendo flagrante os desníveis culturais e a diversificação dos condicionamentos étnicos. Por isso, reformularíamos o tipo para exaurir a proteção aos 16 anos, presumindo a inexperiência ou imaturidade (à maneira do Código Soviético de 1960, art. 119), da mulher virgem, fisicamente, e não corrompida; permitindo, por outro lado, a substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, se primário e solteiro ou viúvo o agente, e admitindo o **perdão judicial** na hipótese de ser ele casado, conhecendo a vítima tal circunstância. De qualquer sorte, reduziríamos a pena máxima, igualando-a à prevista para o corruptor.

Satisfaz ao entendimento doutrinário o acréscimo — “mediante subtração ou **retenção**” — do art. 244, não sendo para desdenhar-se a explicitude relativa à acumulação de penas, se ao rapto se segue outro crime de natureza sexual. Também motivo para festejar a ressalva do art. 248, I, em favor da suposição contrária, do agente, sobre a idade menor de 14 anos em hipótese de presunção de violência. Provoca repugnância, no entanto, a equiparação do desquitado ao casado, para o aumento de pena do art. 249, III. Num país onde não há divórcio e os concubinatos, por isso mesmo, já estão sendo tão respeitados, pela **respeitabilidade** dos concubinatórios na maioria dos casos, são bem diversas as situações. Chegou a tempo a emenda supressiva da Lei nº 6.016.

52. Voltando à figura do **incesto**, observa-se que o legislador nem sequer tentou justificar a sua inusitada autonomia. Na Exposição de Motivos, editada em 1969, não há uma palavra a respeito. E na que acompanhou a Mensagem nº 260/73, não foi, o Sr. Buzaid, além de uma explicação absolutamente despropositada — “para resolver um problema de concurso aparente dessa norma” — justificando emenda ao então art. 259. A explicação é “pior que o soneto...” Ou a ignorância correu parelha com a malícia. Mas, pergunta-se, teria havido algum surto incestuoso? — algum pesquisador denunciara situação alarmante? — os juristas reclamaram contra o tratamento da matéria no Código vigente, limitando-se ao aumento de pena (art. 226, II)? — algum exegeta ou aplicador da lei lamentou a ausência da figura isolada?

Parece que se pode responder que **não** a qualquer dessas perguntas. Aliás, nem ALCANTARA MACHADO teria feito reparos, nos idos de 1940, contra a eliminação da norma que propusera (art. 305). Diga-se, de passagem, que ele, ALCANTARA, foi o único, desde o Código Criminal de 1830, a sugerir um crime autônomo de **incesto**, sem, todavia, oferecer explicações a respeito. Vejam-se todos os projetos que se sucederam à codificação imperial (que já eliminava a figura), até o de NÉLSON HUNGRIA. Não há uma palavra derredor do assunto.

Nenhuma epidemia incestuosa pode ser apontada. Aqui, como alhures (Cfr. FRANCESCO PARENTI e PIER LUIGI PAGANZ, **Psicología y delinuencia**, versão argentina, Ed. Beta, B. Aires, 1970, pág. 154), a incidência incomum tem resultado dos mesmos fatores ambientais (a indigência, a vida promíscua familiar, o baixo nível social e cultural, num momento de maior libação alcoólica do homem na meia idade, sendo menos infreqüente na zona rural do que na urbana). Pesquisa, só haverá, no Brasil, a realizada por MAGALHÃES NORONHA e JOÃO CARLOS DA SILVA TELLES, nos anos 40, cuja conclusão a respeito, em termos ambíguos, pedindo a "capitulação do crime de incesto", não convence da necessidade da autonomia, principalmente porque eles, os pesquisadores, declaram, **conclusivamente**, que "as relações incestuosas decorrem, na maioria dos casos, de anomalias mentais..." (Rev. Penal e Penitenciária, publicação do Instituto de Biotipologia Criminal da Penitenciária do Estado de São Paulo, vols. IV a VII, fascs. 1-2, S. Paulo, 1947, págs. 87 a 112).

Destarte, a falta de explicação do legislador talvez obrigue indagações "freudianas", assunto do paladar aprimorado daquele genial Pai da psicanálise, que sobre o incestoolveu suas vistas repetidamente.

Silencioso, ou não, o legislador de 1969 colocou-se contra a tendência dos Códigos modernos, que é a de excluir, da lista dos delitos, o incesto. (Cfr. RAUL GOLDSTEIN, **Diccionario de Derecho Penal**, Omeba, B. Aires, 1962, pág. 302). Na realidade, com a autonomia e sem a qualificação do "escândalo público" — modelo do art. 258 do "novo" Código brasileiro — só se encontrará nos Códigos do México, de Cuba (Código de Defesa Social — 1936), da Suíça e da Iugoslávia (art. 198). Alguns outros — e são bem poucos —, como os da Itália (1930) e Espanha, punindo quando ocorre o **escândalo público**, qualificativo que, há mais de um século, CARRARA já ridicularizava (**Programma...** § 2.005). Por sinal, o grande Maestro, insurgindo-se contra a autonomia desse crime, chegou a escrever:

"Pero cuando se trata de reconocer si un hecho tiene los caracteres de un verdadero delito autónomo, no

basta que el mismo sea vicioso o gravemente vicioso, si no se encuentra un derecho particular o universal que sea lesionado por el mismo hecho. Sin esto, el legislador troca su función. Ahora bien, el derecho particular que se lesiona con el incesto (separado de otro maléfico) me parece muy difícil de ser hallado. El aislamiento del incesto presupone que no haya habido adulterio, ni violencia, ni estupro con seducción criminosa; y entonces a la mujer que consintió, la qual debería ser correa, no se la puede llamar paciente del pretendido delito, como no puede serlo el cónyuge, que se supone no existe. Por eso es muy arduo indicar cual se la persona que los dos voluptuosos han lesionado en su derecho." (Ob. cit., § 2001 — versão argentina, Depalma, B. Aires, 1946, Parte Especial, v. III).

53. Reencontrando o **crime de adultério**, há que sentir-se a irreabilidade nas palavras com que a Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.004 pretende justificar a incriminação, que só elas demonstram a **sem razão** dessa iliceidade penal. Não admira, porém, a casmurrice num país onde a minoria prefere desmoralizar o casamento, equiparando-o tão largamente ao concubinato versátil, instável e desregrado, como preço para impedir o divórcio. Hipocritamente "rezando seus terços em família" e exaltando a Declaração Universal dos Direitos do Homem, não lêem o seu art. 16: "Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, SUA DURAÇÃO E SUA DISSOLUÇÃO". A contradição brasileira, acordando com essa Declaração, mas impondo na própria Lei Magna, a indissolubilidade do casamento, cuja duração é **ad vitam**, explica bem porque a moral média do povo se preocupa mais com as regras do futebol, o regulamento da loteria esportiva e os estatutos das escolas de samba do que com a lei que disciplina seu comportamento social.

54. Outro instante que parece infeliz, pela precipitação é o da **fecundação artificial**. Não há, na Exposição de Motivos, uma sílaba a justificá-la. Nem se diga ser equiparável ao adultério, quando heteróloga e contra a vontade do marido. Esta conclusão é verdadeira heresia jurídica, em face do conceito generalizado do adultério, quer como ilícito civil, quer como infração penal, conceito que pressupõe contato físico, pessoal, da parilha homem e mulher.

Precipitado o legislador, porque, consoante já escrevemos (com apoio em CUELLO CALÓN e SERPA LOPES), a inseminação artificial não repugna fortemente o sentido moral médio da

comunidade, para tipificar um ilícito penal (Cfr. **Rev. da Fac. Dir. da UFBA**, v. XXXIV, 1959-1961, pág. 235). Quando muito ela poderá constituir forma de **injúria grave**, ilícito civil, a justificar a dissolução da sociedade conjugal. Há 14 anos sustentávamos isso e não fomos contrariados por qualquer penalista ou civilista pátrio. Ao contrário, de Recife, em 1970 (IV Cong. Bras. de Direito Penal e Ciências Afins) veio a aprovação da tese de FERNANDO SANTANA (ex-discípulo, portador da láurea do seu curso jurídico), que rejeitava o art. 268 do Decreto-Lei nº 1.004 ("A inseminação artificial e o novo Código Penal Brasileiro", na **Rev. da OAB** do DF, v. III, Brasília, 1971, págs. 33 a 45). Lemos em MANOEL PEDRO PIMENTEL, certamente desconhecendo aquele trabalho deste seu aluno, concluir que o "problema não se apresenta com assiduidade, não exigindo, portanto, solução imediata" ("Estudos e Pareceres de Direito Penal — A inseminação artificial perante o Direito Penal" — **Rev. dos Trib. de São Paulo**, 1973, págs. 104 a 112). Nessa última publicação citada, está dito que MAGALHÃES NORONHA focalizou a matéria, concluindo como o fizéramos, **diante dele mesmo**, em prova de concurso, no distante 1960.

Se existem arestos de estranhas terras (ut BATTAGLINI, "Fecundazione artificiale e adulterio", **Scritti Giuridici in onore de Alfredo de Marsico**, Giuffrè, Milano, 1960, v. I, págs. 21 a 27 — e SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI, "O sexo e a lei penal", in **Justitia**, v. 78, São Paulo, 1972, págs. 199 a 208), admitindo a hipótese, são raros, e, alhures mesmo, contrariados por outras tantas decisões dos seus tribunais. Por igual, se alguns autores, nas terras européias, aplaudem a incriminação (parecendo que S.S. Pio XII, em 1949, com eles concordava), muitos outros, em bem maior número, discordam frontalmente (Cfr. CUELLO CALÓN, **Tres Temas Penales — El aspecto penal de la fecundación artificial**, Bosch, Barcelona, 1955, págs. 177 a 196).

Consagrada, porém, a **inseminação artificial** no texto do novo Código, gritante é a desigualdade de tratamento em relação ao **adulterio**, este com pena muito inferior à prevista para a punição daquela. Chega parecer que o legislador quis estimular a **fecundação natural por via do adulterio**. As mulheres casadas com homens impotentes, **generandi**, que aproveitem. Serão "os seis vinténs... e o gosto".

E, afinal, por que o legislador de 1973 modificou o **nomen juris para inseminação artificial se crime será a fecundação?**

55. Já tão alongada esta exposição, limitamo-nos a mencionar as perigosas inovações dos arts. 287 e 288 — **embriaguez no volante e perigo resultante de violação de regra de trânsito**. Com vantagem para o direito à liberdade, contra os abusos das autoridades de trânsito, devem ser entendidas como já compreendidas no tipo amplo do art. 134 — **perigo para a vida ou saúde** — sobretudo aquela segunda, a do art. 288. A embria-

quez no volante dará margem à iniquidade ou desmoralização da lei, pela dificuldade de um conceito preciso do “estado de embriaguez”.

56. Bastante a correr, olhamos para os **crimes contra a saúde pública**, ficando a lamentar o legislador não desse ouvidos às lições precisas do insigne mestre FLAMÍNIO FÁVERO, que com tanta concisão e percuciência criticou os defeitos do Código de 1940, mantidos no Anteprojeto Hungria (Cfr. a multicitada publicação do IALC, **Ciclo de Conferência** . . . , págs. 204 a 212). Para servir como escarmento, indicamos o art. 296, cuja redação permite admitir-se um imenso retrocesso: a lei penal brasileira de 1969 quer punir os germes que **causam epidemias** . . . Sim, porque segundo lembra aquele notável professor de Medicina Legal, os germes é que causam as epidemias. Os homens podem, através dos germes, **dar causa, provocar** . . . os germes, ensejando a epidemia. Mas só através dos germes . . .

57. Chegando ao último Título da PARTE ESPECIAL do novo Código, prolongada estando a exposição, só quatro rápidas paradas. A primeira delas em fúlgido instante, a fim de lembrar o **peculato de uso**, que é uma coerência do legislador com o **furto de uso**. A bem pensar, merecendo loas maiores, o art. 346, constante e escandaloso o uso indevido da coisa pública. Mas que deve sofrer aqueles reparos indicados para o art. 165.

A segunda pausa, para confessar que a Lei nº 6.016 nos deixou frustrados com a supressão do art. 376 do Decreto-Lei nº 1.004. Confirmando entendimento de que se deve combater o vício de **lei especial**, que poderá conduzir-nos até o “Direito Penal do Amor”, como diria JIMÉNEZ DE ASUA, asseguramos que o tipo **fraude contra o fisco**, redigido em 1969, não disputa imperfeições com o crime de **sonegação fiscal**, da Lei nº 4.729, de 14-7-65, momento legislativo, este último, que tantas aflições tem ensejado, merecendo a incineração ou sepultamento em “cova rasa”, para dele não mais se ter memória. Determinando fosse supresso o dispositivo, o signatário da Exposição de Motivos GM/352-B, de 21-8-73, do alto de sua intangível sabedoria, concedeu lacônica frase: “deve continuar a ser regulada em lei especial”. Felizes são os abissínios, os galas, os danakils, mais garantidos pelos artigos 360-361 do seu Código Penal de 1957 (3 de julho), fruto do trabalho direcional de um verdadeiro penalista. Ali, no entanto, ninguém se julgou **nec plus ultra**. Pediram a um JEAN GRAVEN que fosse, pessoalmente, ao solo africano, surpreender suas realidades locais, conversar com seus colegas etíopes e orientá-los na proposição da lei.

A **desobediência em caso de pensão alimentícia**, art. 384, vale uma penúltima parada, visando o destaque para o elogio, mormente porque, aí, o legislador preferiu a incorporação ao

Código (melhor agasalho), do art. 22 da Lei nº 5.478, de 25-7-68, que dispõe sobre a ação de alimentos. Marca, todavia, a incongruência (pelo confronto com o comportamento logo acima criticado) do festejado processualista civil da Paulicéia, signatário da Exposição de Motivos GM/332-B.

Por derradeiro, a proteção penal a esta profissão.

Em boa hora o legislador decidiu resguardar a nobre atividade, punindo com o rigor da lei penal os que a ela se arvoram independentemente da licença de quem de direito. *Fê-lo*, porém, talvez, incompletamente (art. 396 — **exercício ilegal da advocacia**).

Dizendo, de modo amplo embora, o legislador de 1969, “prestar assistência jurídica a outrem”, *mas, localizado o tipo* entre os crimes contra a administração da justiça, temíamos que a figura não compreendesse as atividades de bastidores, de orientação legal às empresas, e consultorias jurídicas, exercitadas aquém foro e processos. Entretanto, estas últimas têm sido, provavelmente, as mais perniciosas à profissão, as mais desleais na competição. Preferível por isso, que, mantida a amplitude, houvesse uma ressalva equiparando a advocacia, propriamente dita, que se realiza naquelas instâncias mencionadas, com toda e qualquer atividade simile ou assistência jurídica.

Agora, com a nova redação da Lei nº 6.016, restringindo, o modelo legal a, simplesmente, “exercer a advocacia sem autorização legal”, mesmo eliminando a exigência da **enumeração** (que estava no art. 400 do Decreto-Lei nº 1.004), a imperfeição se nos apresenta maior porque menos aceitável uma interpretação abrangente daquela advocacia atrás dos biombos empresariais, ou exercitada na esfera administrativa. E aí está *mais um defeito do novo Código* demonstrando como urge, realmente, ser revisto, antes mesmo da sua vigência, que não pode ocorrer independentemente da atualização da lei processual, esta, sim, bem mais necessária. Sobretudo à vista da anunciada reforma judiciária.

58. Cumpre-nos concluir com uma última tentativa, a de exculpar-nos pela prolixidade, nem sempre resultante de feliz logomania. E pela linguagem, quiçá irreverente, por vezes, assumindo ares de **advocatus diaboli**, não raro.

Do primeiro desses pecados, esperamos a indulgência plena, tendo prevenido os que a ler estas páginas estiveram seduzidos. Os que chegaram a este ponto final, ouvindo ou lendo, não poderão dizer que lhes faltou a prévia advertência.

Quanto ao último, não nos submetemos ao *mea culpa*, alegando inadvertência inconsciente. Considerando que uma reforma como a que foi objeto do exame pretendido, assunto não

é apenas para os juristas, interessando a toda uma coletividade, procuramos, propositadamente e bastas vezes, descer até o pedestre, juntar nossas palavras ao vozeio da gente anônima. Já QUINTANO RIPPOLES dizia que, ao fim e ao cabo, não é um Código Penal dissertação acadêmica ou uma proposição para Congresso de Cientistas. (**Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo XI, fasc. II, maio-agosto, 1957, pág. 343).

Destarte, se, nalguns passos, formal e sereno, parecia apenas apoiar-nos em HENRY RHODES (**O Gênio e o Crime**) — “talvez necessitemos um pouco mais de psicologia e um pouco menos de textos de lei” — no geral, bem mais cuidamos manter o que somos: — alguém da sofredora classe média, proletário de simples ferramentas do intelecto, falando **sine animus docendi**.

Mas, se sob esses moldes teria sido indesejado, também aqui, que nos vejamos, piedosamente, sob o abrigo dos Livros Santos: **Non est bonum reverentiam observare, et non omnia omnibus beneplacent in fide** (Eclesiástico, XLI. 20).

IX — Conclusões

59. A **reforma penal**, para que deve contribuir, com sua palavra, a Ordem dos Advogados do Brasil, não pode conter-se na simples revisão ou atualização dos diplomas legais comuns, ou civis, isto é, Código Penal e de Processo Penal. Deve ela abranger o prévio exame de todo o ordenamento jurídico positivo pertinente à ilicitude penal, civil, militar, especial ou complementar. substantiva e adjetiva.

60. Esse exame, compreendendo diplomas legais recentes e os superados pelas mudanças sociais, exame indispensável para a harmonia do sistema deve procurar a padronização das **normas de aplicação** e a unificação das **substanciais**, sobretudo as incriminadoras, em moldes a ensejar um maior esforço descriminalizador e despenalizador.

61. Para que se obtenha aquela harmonia, há que evitar-se a fragmentação do direito positivo, codificando-se, ao máximo, a proteção penal aos bens e interesses que dela necessitam, desaconselhando-se, por conseguinte, **leis especiais, extravagantes e complementares**, sempre que a matéria couber no Código Penal Civil.

62. O Código Penal Militar deve ser revisto, com urgência, no que se refere à **menoridade penal**, com término somente aos 18 anos; à unificação das penas privativas de liberdade e demais alterações propostas para o Código Penal de 1969.

63. As normas constitutivas de Lei de Segurança Nacional devem voltar para o âmbito da codificação comum, a ela adaptadas.

64. Os chamados **crimes de imprensa**, constituindo ilícitudes penais, devem ser acomodados no elenco dos crimes comuns, qualificados pelo modo de execução.
65. Consolidada toda a legislação configuradora do direito penal econômico positivo, inclusive a que define crimes contra a economia popular, e os de falência, deve abrigar-se no novo Código Penal Civil.
66. Não há necessidade de lei especial para a repressão penal ao tráfico e uso de tóxicos, devendo, as normas respectivas, ser incluídas entre os crimes contra a saúde pública do Código Penal comum, abertos espaços, no de Processo Penal, para a disciplina adjetiva, revogada, quanto antes, a legislação vigente, pertinente à espécie.
67. As ilícitudes penais eleitorais também poderão encontrar sua **sedes materiae** no Código Penal Comum.
68. Os chamados **crimes de responsabilidade**, como entidades autônomas de aspecto penal, devem ser erradicadas do direito positivo brasileiro. Que nele permaneça, apenas, a indicação de condutas ou comportamentos impróprios para o exercício das altas funções que ensejam a aplicação do **impedimento (impeachment)** sem tipificações criminais.
69. Urge a promulgação de um novo Código de Processo Penal comum, com base no Projeto nº 633/75, emendado, em alguns passos, e adaptado às leis penais substantivas **novas** ou reformuladas na mesma época legislante. E que nele se assegure a soberania do Tribunal do Júri.
70. Deve ser revista, parcialmente, a Lei das Contravenções Penais, segundo o explicitado neste trabalho, não se incluindo todo seu conteúdo no próprio Código Penal comum. Admitida essa inclusão as normas fixadas na Lei de Introdução ao Código Penal e na Lei das Contravenções, devem constituir o Título I do Código.
71. O Código Penal de 1969 deve ser remodelado, segundo as linhas dos pronunciamentos invocados neste trabalho, expurgado dos seus graves defeitos e posto em dia com a realidade social, dentro nos parâmetros do atual estágio científico do Direito Penal.
72. Nenhuma reforma penitenciária de fundo deve ser planejada antes de promulgado o novo Código Penal reformulado segundo a sugestão inserida na conclusão supra.
73. Em suma, a Reforma Judiciária, preconizada como fundamental para as demais reformas legais em elaboração, não pode realizar-se à margem das outras, obstando o império e a continuidade de princípios jurídicos consagrados pela tradição e pela vocação democrática do Brasil.

A Corte Suprema

Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Técnico Legislativo da Subsecretaria de
Edições Técnicas

- a) Antecedentes históricos
- b) O Tribunal do Império
- c) O Supremo Tribunal Federal

a) Antecedentes históricos

Consoante observação de Gabriel Martins dos Santos Vianna, em notícia histórica de 1922, nos alicerces da Justiça brasileira, encaixa-se, como pedra angular, o Alvará de 7 de março de 1609 ⁽¹⁾.

Por força desse ato, criou Filipe III da Espanha e Portugal nosso primeiro Tribunal de Relação, para que fosse instalado na Cidade do Salvador.

O Tribunal recebeu a denominação de “Relação do Brasil”, denominação que viria perder com a posterior criação da Relação de São Sebastião do Rio de Janeiro. Por isso aquele Tribunal passou a ser chamado de “Relação da Bahia”.

Segundo se lê do citado Alvará, uma tentativa se fizera, antes, no mesmo sentido de instalar-se aqui um colegiado capaz de resolver os negócios que, normalmente, haviam de ser desembaraçados pelos Tribunais de Lisboa.

Acusa o ato de Filipe III ⁽¹⁾:

“... meu Senhor e Pai, que tanta glória haja, por justas causas do bom Governo, que a isso o moveram, houve por bem de mandar os anos passados ao Estado do Brasil, uma Relação, com número de Desembargadores bastantes para a boa administração da Justiça, e expediente dos negócios, o que então não houve efeito pelos sucessos do mar; ...”

José Izidoro Martins Junior ⁽²⁾ alude ao fato nos seguintes termos:

“... em 1587 havia sido criada para o Brasil uma *Relação*, com sede na Bahia e com regimento especial datado de 25 de setembro daquele ano. Devia este tribunal compor-se de dez ministros, tendo os títulos e funções de: desembargadores do agravo, desembargadores extravagantes, chanceler, ouvidor geral, juiz dos feitos, provedor dos órfãos e resíduos, provedor dos feitos, promotor da justiça. Todos esses lugares foram providos, e dadas foram também as providências para instalar-se a nova *Relação*. Mas o certo é que, de todos os desembargadores nomeados, apenas três chegaram ao Brasil e que, à vista disso, não vingou a constituição prática do tribunal.”

Waldemar Ferreira ⁽³⁾, citando Sebastião da Rocha Pita, Frei Vicente do Salvador e Varnhagen, relata que os componentes da *Relação* criada em 1587 para cá viajaram, em sua maioria, no mesmo navio que transportava Francisco Giraldes, nomeado Governador Geral do Estado do Brasil, segundo se depreende da leitura do texto, em 1588. E que o navio “padeceu dois azares da navegação, tendo de fazer duas arribadas”, retornando, por fim, a Lisboa.

Leia-se a informação de Frei Vicente do Salvador apresentada pelo autor supra:

“... com aquele governador vinha Casa da *Relação*, que era para o Brasil coisa nova em aquele tempo, mas também quis Deus que não chegassem senão quatro ou cinco desembargadores, que vinham em outros navios, dos quais um serviu de ouvidor geral, outro de procurador-mor dos defuntos e ausentes e, por não vir o chanceler e mais colegas, se não armou o Tribunal, nem El-Rei se curou então disso.”

De forma que “os sucessos do mar” constituíram a causa imediata do fracasso da iniciativa real. Mas, considerando-se que já se havia dado regulamento à *Relação* e que aqui já se encontravam alguns componentes dela, conclui-se pelo esfriamento da vontade real no sentido de arrematar o plano cuja execução iniciara. Se não estava completo o quadro dos desembargadores, tampouco, conforme observou Frei Vicente do Salvador, “El-Rei se curou então disso”.

Decorridos 14 anos da expedição do ato de 1587 que, sublinhe-se, não fora revogado, o Governador Geral, Diogo Botelho, nomeado no início do ano de 1601, insistiu junto à Metrópole em favor da observância daquele Alvará. A informação é de Varnhagen, ⁽⁴⁾ que a precede do seguinte relato:

“A relaxação do serviço e também a dos costumes era tal, à chegada deste Governador, que das devassas instauradas em quase todas as Capitânicas, por sua ordem, resultaram provas de sérios delitos e crimes.”

Acrescenta o historiador, após apresentar fatos comprovadores da criminalidade reinante, que tais contingências levaram Diogo Botelho

“... a pedir ao Governo da Metrópole que desse ordem para que partissem os Desembargadores despachados para a *Relação* criada na Bahia, criação que ainda não fora revogada.”

Informa ainda Varnhagen (4) que datam de 1605 as providências destinadas a, novamente, dinamizarem o esquema de 1587. Tomou-as o Conselho da Índia, Tribunal criado em Portugal a 25 de junho de 1604, para tratar, em particular, dos negócios do Brasil e das Índias Portuguesas:

“Deste assunto começou logo a ocupar-se o Conselho da Índia, requisitando (em 31 de janeiro de 1605), do Desembargo do Paço, os despachos e provisões respectivos aos letrados mandados ao Brasil, para saber se não os obrigavam a ir ainda “no tempo presente”. Foi necessário nomeação de novos empregos, tanto de desembargadores como de ofícios menores, sendo o Conselho bastante severo em não admitir escusas, e apressando a partida, que se retardou, porque se julgou conveniente modificar um pouco o antigo regimento, e o novo não esteve pronto antes de 7 de março de 1609.”

Nesse mesmo ano de 1609, no mês de junho, chegaram à Bahia os Desembargadores nomeados, cabendo a Diogo Meneses, no exercício do cargo de Governador (5), instalar a Relação.

José Câmara (6), em *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, resume nos seguintes termos a composição, a alçada e a competência recursal do colegiado que tinha jurisdição em todo o Domínio:

“Compunha-se a Relação da Bahia, nome com que é conhecida, de um chanceler, suprema autoridade judiciária colonial, de três desembargadores dos agravos e apelações; de um ouvidor geral, com jurisdição em toda a capitania da Bahia, e a quem incumbia conhecer das ações cíveis, originariamente, quando o fato ou conjunto de fatos ocorresse na própria capital ou sede do governo, e também não excedessem de 15\$000 e 20\$000, conforme se tratasse de móveis ou imóveis, respectivamente; de um juiz, e de um procurador dos feitos da Coroa e da fazenda real, bem como de um provedor dos defuntos e resíduos (juiz de órfãos e sucessões) e de dois desembargadores extravagantes (suplentes).

Os desembargadores dos agravos tinham alçada nos feitos equivalentes a quantia não superior a 2.000 cruzados, quando esses versassem acerca de bens imóveis ou de raiz, como preferem os textos legais daquelas décadas; para os móveis, até a importância de três mil, inclusive, facultando-se às partes, nas causas cujo valor ultrapassasse tais quantias, apelar para a Casa de Suplicação, na metrópole. Cabia-lhes conhecer dos agravos interpostos das decisões do ouvidor geral e do provedor de defuntos e resíduos junto à Relação; conheciam das apelações cíveis e criminais emanadas de quaisquer autoridades judiciárias da Colônia, bem como dos agravos interpostos das resoluções proferidas pelos ouvidores e governadores das capitanias do Sul.

Dos atos do Governador Geral cabia recurso para a Relação que decidia sobre o mérito, presentes o Chanceler e desembargadores do agravo, funcionando como modalidade de tribunal pleno.

O juiz dos feitos da fazenda e os procuradores tinham funções próprias da natureza de cada um desses cargos, em tudo semelhantes aos da metrópole.”

Natural seria que o Tribunal, implantado em razão das exigências da própria vida da Colônia, permanecesse como peça indispensável à mecânica da sociedade colonial em expansão. Mas, aconteceu o contrário. A Relação da Bahia durou muito pouco. Suprimiu-a o último Filipe, Filipe IV, por Alvará de 5 de abril de 1628 (7).

Os autores apontam os motivos da supressão do colegiado, atribuindo-a, uns, à Invasão Holandesa (maio de 1624); outros, à negligência e à incúria das autoridades da Relação; outros ainda à má vontade da Metrópole no tocante às medidas de autonomia colonial. Atribuiu-se, também, o ato real ao desiderato da Corte de restaurar o prestígio do juízo eclesiástico abalado pelo prestígio do Tribunal leigo e/ou às excessivas despesas ocasionadas à Real Fazenda pela Casa de Justiça.

Sejam quais tenham sido tais motivos, não foram tão fortes e nem tão persistentes quanto a necessidade da reinstalação do órgão eliminado. Eis que, em 1652, sob D. João IV, que subiu ao Trono de Portugal no ano da libertação do jugo espanhol (1640), a Relação da Bahia era restabelecida, dando-se-lhe, então, um regimento. Essa lei orgânica, apesar de calcada na lei do Tribunal anterior, reduziu a oito o número de desembargadores da Relação (8).

Quase um século após a restauração do primeiro e único Tribunal de segunda instância do Brasil, por Alvará de 13 de outubro de 1751, D. José I criou a Relação do Rio de Janeiro. (*)

Se os oficiais da Câmara e mais moradores da Bahia se haviam empenhado junto à Metrópole para recuperar a Relação extinta, consoante acusou o ato oficial de 1652 (9), igualmente, em 1751, a iniciativa real foi movida pela insistência dos "Povos da parte do Sul do Estado do Brasil" (10)

"... que por ficar um tanto distante a Relação da Bahia, não podem seguir nela suas causas e requerimentos, sem padecer grandes danos, despesas e perigos..."

Com a criação da nova Relação, dividia-se a Colônia em dois departamentos judiciários: o do Norte com jurisdição limitada às Capitânicas da Bahia, Sergipe, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará e Rio Negro; o do Sul, cujo distrito jurisdicional cobria as Comarcas do Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Goiazes, Pernaguá, Espírito Santo, Itacazes e Ilha de Santa Catarina.

Criado antes da Inconfidência, o Tribunal do Sul teria sido o órgão competente para processar e julgar os conjurados de Vila Rica. A desconfiança da Metrópole, no entanto, afastou do colegiado o triste encargo. Foram, isto sim, "comissionados três magistrados, com a incumbência de passarem imediatamente ao Rio de Janeiro e nesta Cidade procederem com o máximo rigor à devassa...". A Comissão, em todo caso, foi presidida por Sebastião Xavier de Vasconcelos Coutinho, Chanceler da Relação, que assinou o mandado de execução da pena de Tiradentes (11).

(*) José Izidoro Martins Junior alude a ordens expedidas em 1734, para a fundação de "uma segunda Relação no Brasil", mas que ficaram sem execução (*op. cit.* (nota 3), pág. 209).

Com a instalação da Corte na Colônia, o Príncipe Regente, D. João, transformaria a Relação do Rio de Janeiro na Casa da Suplicação do Brasil, na forma do Alvará de 10 de maio de 1808.

Corre o ato do Príncipe de forma a deixar explícito os motivos que o levaram a operar a transformação do Tribunal, e, ao mesmo tempo, oferece um esquema da alçada e da competência da Casa da Suplicação do Brasil, ali considerada expressamente como Superior Tribunal de Justiça.

Vale transcrever o Alvará ⁽¹²⁾:

“Eu, o Príncipe Regente, Faço aos que o presente Alvará com força de Lei virem, que Tomando em consideração o muito, que interessa o Estado, e o Bem Comum, e particular dos Meus leais Vassallos em que a Administração da Justiça não tenha embaraços, que a retardem, e estorvem, e se faça com a prontidão, e exatidão, que convém, e que afiança a segurança pessoal, e dos sagrados direitos de propriedade, que muito Desejo manter como a mais segura base da Sociedade Civil; e exigindo as atuais circunstâncias novas providências, não só por estar interrompida a comunicação com Portugal, e ser por isto impraticável seguirem-se os Agravos Ordinários e Apelações, que até aqui se interpunham para a Casa da Suplicação de Lisboa, ainda ficar os pleitos sem decisão última, com manifesto detrimento dos Litigantes, e do Público, que muito interessam em que não haja incerteza de domínios, e se findem os pleitos quanto antes; como também por Me Achar residindo nesta Cidade, que deve por isso ser considerada a Minha Corte atual; Querendo Providenciar de um modo seguro estes inconvenientes, e os que podem recrescer para o futuro em benefício do aumento, e prosperidade da Causa Pública: Sou Servido Determinar o seguinte:

“— A Relação desta Cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para nele se findarem todos os pleitos em última Instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada, que terão os da Casa da Suplicação de Lisboa.

II — Todos os Agravos Ordinários, e Apelações do Pará, Maranhão, Ilhas dos Açores, e Madeira, e da Relação da Bahia, que se conservarã no estado, em que se acha, e se considerará como imediata a desta Cidade, os quais se interpunham para a Casa da Suplicação de Lisboa, serão daqui em diante interpostos para a do Brasil, e nela se decidirão finalmente pela mesma forma, que o eram até agora, segundo as determinações das Minhas Ordenações, e mais Disposições Régias.”

Antes da iniciativa supra, tomara o Príncipe outra, de fundamental importância, de que foi veículo o Alvará de 22 de abril do mesmo ano de 1808

e que instituiu a Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, Tribunal destinado a sanar

“... inconvenientes, que devem seguir-se, de não haver a competente solução dos negócios, ... os quais pertencem aos Tribunais da Mesa do Desembargo do Paço, à Mesa da Consciência e Ordens, e ao Conselho do Ultramar...” (13)

Vieram, posteriormente, as Relações do Maranhão (1811) e de Pernambuco (1821).

Em 1822, os aludidos Colegiados — a Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, a Casa da Suplicação (antes, Relação de São Sebastião do Rio de Janeiro) e as Relações da Bahia, Maranhão e Pernambuco — constituíam os Tribunais Superiores do Brasil Colônia. (*)

b) O Tribunal do Império

Proclamada a Independência e outorgada a Carta de 1824, incluía a Lei Maior o Poder Judiciário entre os poderes políticos e instituiu o Supremo Tribunal de Justiça, órgão de que não cogitara o legislador constitucional de 1823, ao elaborar o Projeto da Carta que não vingou face à dissolução da Constituinte (14).

Prevía o art. 162 da Carta de 1824 a existência, na Capital do Império, ao lado da respectiva Relação, de um Tribunal denominado Supremo Tribunal de Justiça, integrado por “Juizes letrados tirados das Relações por sua antiguidade”, os quais receberiam o título de Conselheiros.

No art. 164, o legislador estabeleceu a competência do Tribunal:

- a) conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar;
- b) conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus Ministros, os das Relações, os empregados no Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias;
- c) conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição.

Isto posto pela Carta do Império, faziam-se necessárias as providências legais para a organização do Judiciário, *ipso facto*, para o estabelecimento do Tribunal instituído.

O Tribunal mereceu a preferência, objeto que foi de proposição oferecida à Câmara dos Deputados, na sessão de 7 de agosto de 1826, por Bernardo de Vasconcellos.

(*) Só em 1873/1874, nos termos do Decreto Legislativo nº 2.318, de 6-8-1873, complementado pelo Decreto nº 5.618, de 2-5-1874, o território do Império seria dividido em 11 Distritos de Relações cujas sedes se fixavam: 1º na Capital do Império; 2º na Cidade de Salvador; 3º em Recife; 4º em Fortaleza; 5º em São Luís; 6º em Belém; 7º em São Paulo; 8º em Porto Alegre; 9º em Ouro Preto; 10º em Goiás; 11º em Cuiabá. (Vide Gabriel Martins dos Santos Vianna, ob. cit., in nota 1 ao texto).

Corria o Projeto nos termos seguintes (15):

“PROJETO DE LEI

Para o estabelecimento do supremo tribunal de justiça

CAPÍTULO I

Do presidente e ministro do tribunal

Art. 1º – O tribunal supremo de justiça será composto de um presidente e doze juizes letrados, tirados das relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o título do conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir. (Constituição, art. 163).

Art. 2º – O presidente e os ministros usarão de beca e capa, como a dos ministros dos tribunais.

Art. 3º – O presidente prestará juramento nas mãos do imperador e os ministros nas do presidente.

Art. 4º – O presidente vencerá o ordenado de quatro contos de réis e os ministros o de três contos e duzentos, sem outro algum emolumento ou propina.

CAPÍTULO II

Das funções do tribunal

Art. 5º – Ao presidente pertence a regulação dos trabalhos e a economia interior do tribunal; e ao tribunal compete:

1º) conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que esta lei determina;

2º) conhecer dos delitos e erros de officio que cometerem os seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias;

3º) conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais.

Art. 6º – As revistas somente serão concedidas nas causas cíveis e crimes, em que se verificar um dos dois casos de nulidade manifesta e injustiça notória e quando exceder a alçada, de que tratará a lei das relações.

Art. 7º – Oferecida a petição de revista no tribunal, se designará por distribuição um dos ministros, a quem toca formar o processo. Este ministro tenciona em primeiro lugar e passa o feito aos ministros que se seguirem, lançando a sentença aquele, em cujo poder se verificar o vencimento por três votos conformes.

Art. 8º – Esta sentença com o processo serão remetidos à relação competente com ordem do juiz a que for distribuído o feito, para que este seja revisto.

Art. 9º – Quando conhecer dos delitos e erros de ofício, cujo conhecimento lhe confere a constituição, o ministro, a quem tocar por distribuição, ordenará o processo, fazendo autuar pelo secretário as peças instrutivas e procedendo às diligências que julgar necessárias e pronunciará o indiciado de culpa.

Art. 10 – Depois da pronúncia será nomeado para promotor o ministro, que anteceder no número da distribuição àquele a quem for distribuído o processo. Este promotor formará o libelo, derivado das provas autuadas. Ao réu se assinará o prazo para contrariar, o qual será acomodado as circunstâncias; neste prazo produzirá suas testemunhas e os documentos que lhe convierem e ser-lhe-á permitido formar suas alegações por escrito.

Art. 11 – O promotor só tem lugar quando não houver parte acusadora.

Art. 12 – As testemunhas e interrogatórios serão públicos, bem como todos os atos do processo depois da pronúncia.

Art. 13 – Preparado assim o processo, serão lavradas as tenções e sentenças, na forma do art. 7º.

Art. 14 – As pessoas que forem processadas neste tribunal, poderão recusar dois juízes sem dependência de prova alguma.

Art. 15 – Os processos formados sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações, serão igualmente julgados por tenções na forma do art. 7º.

Art. 16 – As sentenças deste tribunal poderão ser uma só vez embargadas.

Art. 17 – Este tribunal tem autoridade para expedir ordens a todas as autoridades civis, judiciárias, e recomendar-lhes a execução das leis. Estas ordens serão assinadas pelos ministros, a quem forem distribuídos os processos e referendadas pelo secretário competente.

Art. 18 – O principal objeto destas ordens será fazer efetiva a responsabilidade dos magistrados, que tiverem proferido sentenças manifestamente nulas, ou notoriamente injustas.

Art. 19 – As propostas e consultas ao Imperador serão distribuídas a um ministro, que as proporá e decididas por pluralidade de votos dos membros presentes. Admitir-se-ão votos separados, que acompanharão as mesmas propostas e consultas. Do vencido, que será assinado por todos os ministros presentes, se fará assento.

Art. 20 – Este tribunal terá duas conferências por semana, de quatro horas cada uma.

Art. 21 – Os ministros tomarão assento na mesa à direita e esquerda do presidente, contando-se por primeiro o que estiver à direita, e seguindo-se os mais até ao último da esquerda.

Art. 22 – A distribuição será feita na forma da lei das relações. Para esta distribuição haverá dois livros, um para as revistas, e outro para a dos mais papéis e dependências do tribunal, os quais serão rubricados pelo presidente.

O livro da distribuição das revistas será dividido em dois títulos, um para as revistas cíveis, e outro para os crimes.

Art. 23 – Os emolumentos dos papéis, que expedirem, serão recolhidos a um cofre, de que se deduzirá a quantia necessária para as despesas miúdas, e o resto será recolhido ao erário.

Art. 24 – Os ministros, que faltarem sem motivo legítimo justificado, perderão o ordenado, que venceriam nos dias de falta.

CAPÍTULO III

Dos empregados do tribunal

Art. 25 – Haverá um secretário para o expediente deste tribunal, um tesoureiro, dois contínuos, e um porteiro.

Art. 26 – O secretário escreverá em todos os processos, e diligências das atribuições do tribunal, e além dos emolumentos vencerão 200\$000 por ano.

Art. 27 – O tesoureiro será o mesmo da relação pelo que terá a gratificação de 50\$000 anuais.

Art. 28 – O porteiro terá a seu cuidado a guarda, limpeza e asseio da casa do tribunal, de todos os seus utensílios, e de tudo quanto aí for arrecadado, e terá o ordenado de 400\$000 anuais.

Art. 29 – Os contínuos farão o serviço por semana, e um no impedimento do outro, quando acontecer, ainda que não seja de sua semana, estará sempre pronto junto ao porteiro nos dias de tribunal para executar tudo que lhe for ordenado por bem do serviço, e cada um vencerá 180\$000 réis por ano.

Art. 30 – Todas as despesas miúdas do tribunal, como são papel, penas, tinta, areia, lacre, obreias, nastro ou fitilho, serão pagas pelo cofre dos emolumentos, em folha, que formará o tesoureiro todos os meses, e assinada pelo presidente.

Paço da Câmara dos Deputados, em 7 de agosto de 1826. – *Bernardo Pereira Vasconcellos.*”

A proposição de Bernardo de Vasconcellos obteve parecer da Comissão de Leis e Regulamentos, pela impressão e discussão “quanto antes por sua matéria urgente”, a 9 do mesmo mês de agosto (16). Os debates seriam travados, em 1827, na Câmara, em 1828, no Senado do Império.

A Assembléia Geral, nessa oportunidade, entregou-se ao trabalho sem reservas. A matéria foi sobeja e criteriosamente debatida em suas minúcias, nas duas Casas legislativas. O manuseio dos Anais da Câmara pertinentes aos

meses de maio (a contar de 26), junho, julho, agosto e setembro de 1827; e dos Anais do Senado relativos a maio, junho, e julho de 1828, conduz o leitor à apreciação do belo desempenho dessa tarefa pela representação nacional da primeira legislatura (17).

A Câmara dos Deputados, em convênio com a Fundação Casa de Rui Barbosa, lançou uma obra reproduzindo a matéria. Assim, para evitar a duplicidade de publicação dos mesmos textos — onerosa para os cofres públicos e redundante em termos de informação — faremos, apenas, referências a esse trabalho das duas Câmaras, sublinhando as passagens mais curiosas da tramitação do Projeto de Bernardo de Vasconcellos.

A Câmara começou o debate a 26 de maio de 1827. A primeira manifestação e a primeira emenda provieram do autor da propositura, particularidade denunciadora de que Vasconcellos não amadurecera as idéias nela vazadas. A emenda incidiu sobre o art. 1º. Mencionamo-la porque a iniciativa, curiosa a princípio, acaba por revelar o estranho critério por que, muitas vezes, se escolhiam os Magistrados dos Tribunais de então.

Nos termos do art. 1º do Projeto, deveriam compor o Supremo Tribunal de Justiça “um presidente e doze juizes letrados”. Movido pelo temor de que a redação da norma levasse o intérprete a vincular o qualificativo “letrado”, apenas, aos doze juizes da Corte e a admitir à frente dela um elemento iletrado, acudiu Vasconcellos com a emenda. E esta visava deixar explícito que também o Presidente haveria de ser juiz e juiz letrado (18).

Do mesmo temor participaram outros parlamentares. Almeida e Albuquerque, por exemplo, diante da disposição em debate, não deu maior crédito às possíveis virtudes do titular da Casa de Justiça (18):

“... não posso deixar de me decidir sobre a emenda do Sr. Vasconcellos, pois sem ela nos acharíamos em grande embaraço por causa deste Presidente, e teríamos, verdadeiramente, um benefício simples, porque, então, o Presidente serviria só para tocar a campainha...” (1)

As observações de Vergueiro é que vieram demonstrar que bem se poderia torcer a redação do dispositivo e dar-se-lhe a temida interpretação (18):

“... entendo que é atendível (a emenda de Vasconcellos), porque, com efeito, segundo a letra do art. 1º do Projeto, parece que o Presidente poderá não ser juiz letrado; entretanto, que a Constituição exige não só juizes, mas presidentes letrados: e seria muito perigoso admitir-se o artigo como se acha, porque entre nós acontecia que para o Desembargo do Paço não se escolhia senão quem era fidalgo, sem se importarem que fosse ou não letrado...”

A idéia foi aprovada e persistiu no Senado.

Singular também o entendimento dos senhores Parlamentares sobre o número de membros integrantes do Tribunal que a proposição fixara em treze.

Esse número, aliás, manteve-o a Câmara dos Deputados, a despeito das emendas apresentadas com o fito de restringi-lo até para três ministros.

O próprio Bernardo de Vasconcellos, diante de emenda proposta por José Antônio da Silva Maia, que limitava o recurso de revista, nas causas cíveis, àquelas que excedessem ao valor de 1:200\$000, propôs a redução do número de juízes a três (19):

“O SR. VASCONCELLOS — Eu, Sr. Presidente, acho que o número dos membros deste Tribunal é muito grande: treze juízes para julgarem simplesmente se devem ou não conceder-se as revistas, o que acontecerá de 10 em 10 anos em uma ou outra causa criminal, parece ser um número extraordinário e que melhor seria reduzi-lo a cinco ou três.”

No entender de Paula Cavalcanti, nove magistrados seriam suficientes para a composição do Colegiado (20):

“... Porque se exigem cinco votos para a concessão da revista, e deve-se contar sempre com alguns impedidos e doentes...” (*)

Almeida e Albuquerque, reportando-se à criação do Desembargo do Paço, que conhecia das revistas com apenas dois Desembargadores, alegou (20):

“... não precisamos mais que três, que é mais que suficiente.”

O aumento de treze para dezessete juízes correu à conta do Senado do Império que, a partir dos primeiros debates a respeito do assunto, entendeu conveniente ampliar o quadro de magistrados do Tribunal. (**)

Aliás, a Comissão de Legislação do Senado, analisando o Projeto, justificou a adoção da idéia (21):

“PARECERES

A Comissão de Legislação, examinando o Projeto de Lei da organização do Conselho Supremo de Justiça, é de parecer que o Tribunal não pode ter exercício sem que seja composto de dezessete membros, incluso o Presidente; porquanto, sendo um o Preparador do processo, inibido de julgar, três para a pronúncia, dois que podem ser recusados pelo réu, e um pelo acusador, e seis para julgar, os quais todos fazem o número de treze (não se encontra nos membros tal número) o que demonstra uma manifesta contradição, ainda não faltando os Juízes que podem ser recusados por motivos legais nem contando com os que podem ser impedidos por moléstia, atenta a idade das pessoas que compõem o Conselho. ...”

Como dissemos antes, teve-se a Assembléia até às minúcias desse Projeto. Por isso, não é de estranhar que mesmo o problema das vestes formais

(*) O art. 16 da redação do Projeto, apresentada pela Comissão de Legislação da Câmara dos Deputados para a 3.ª discussão da matéria, previa o exame do processo de revista por cinco juízes, aos quais cabia decidir sobre a concessão do recurso à pluralidade de votos (Anais, sessão de 12 de julho de 1827, pág. 142).

(**) Entre as Emendas aprovadas pelo Senado ao Projeto de Lei sobre o Supremo Tribunal de Justiça consta a seguinte: “Art. 1.º — Em lugar de “treze Juízes Letrados” diga-se: dezessete”. (Documento original depositado na Subsecretaria do Arquivo do Senado Federal).

dos integrantes do Tribunal tenha sido objeto de demorados debates e diversas emendas. E porque recebeu curioso tratamento, a ele nos reportamos.

O art. 2º da Proposição determinava o uso de beca e capa pelos Ministros.

Vergueiro, na sessão de 23 de julho de 1827, manifestou-se contra a formalidade, desmerecendo, radicalmente, os hábitos talares (22):

“Este costume de hábitos talares, que em outro tempo era alguma coisa, hoje não vale nada: os antigos filósofos vestiam uma túnica em desprezo do mundo, e para não perderem o tempo em atavios; vieram os padres e os frades pela mesma razão a usarem destes hábitos; e pouco a pouco passou este uso para as outras classes, até que o luxo tomou o lugar da simplicidade; não desprezemos o uso geral, para adotar vestidos extraordinários, tão incômodos e que até obrigam a despesas maiores: às vezes mora-se ao pé do tribunal, e assim mesmo não se anima a por o pé na rua com um vestido tão fora do comum, chamando esta singularidade do traje a despesa de uma sege; proponho, portanto, que usem de vestidos pretos talhados ao molde dos mais cidadãos; e para distinção, tenham uma medalha ou insígnia de condecoração; pois a cor preta é a que o uso das nações atribui mais gravidade.”

Se Nicolau de Campos Vergueiro não tinha pendência para tais hábitos, é porque, de certo, estava nas insígnias seu calcanhar-de-aquiles.

Considere-se a rica emenda, então apresentada pelo Deputado (23):

“Art. 1º —

“Em lugar de — usarão de beca e capa — diga-se — usarão de vestido preto e terão por insígnia uma medalha de ouro, pendente do pescoço por uma fita amarela e verde, na qual medalha estará figurada em relevo uma balança equilibrada, suspensa por uma mão e circulada com esta legenda — *A lei sem ódio, nem favor.*”

Interessante é que a idéia de Vergueiro encontrou seus adeptos. A medalha em ouro e relevo, pendente de fita verde e amarela soube muito bem a Xavier de Carvalho (24):

“... Aprovo... que usem da medalha, convém; este distintivo é muito necessário e produzirá muito bom efeito.”

Já Custódio Dias recusou-se a entrar no mérito da questão, apesar de, no decorrer do debate, haver condenado as becas (25):

“... quanto ao vestuário, darei o meu voto e não entrarei no fundo da matéria porque não é de minha profissão” (1)

Enquanto isso, Manoel Odorico Mendes, referindo-se não só à vestimenta dos Ministros, mas também ao tratamento a lhes ser dispensado, matéria, acrescente-se, de que, também, se ocupou longamente a Câmara, repeliu o assunto e apresentou radical emenda (26):

“Proponho que nesta lei não se fale nem em tratamento nem em vestido. Odorico.”

Logicamente, a proposição não foi sequer apoiada (*). Não ocorrera ao Deputado Odorico o mesmo que ao Deputado Raimundo José da Cunha Matos (27):

“Os homens inculcam mais pelo esplendor externo do que pelas suas virtudes internas.”

A despeito dessas divergências, venceram a beca e a capa, cuja defesa, sem dúvida, dominou a oposição. Atente-se, por exemplo, para a manifestação de Clemente Pereira (28), convincente quanto à excelência da adoção das vestes sugeridas pelo Projeto e, ao mesmo tempo, reveladora de que, à época, os desembargadores, muitas vezes, envergavam sua beca rua afora:

“O que importa que os ministros do Conselho Supremo de Justiça continuem a usar de beca e capa? Este vestuário dá-lhes muito maior representação.”

E no mesmo tom de Cunha Matos:

“... porque em geral olha-se para os homens pela sua representação exterior;”

Depois, diria Clemente Pereira, uma vez considerada a idéia da insígnia de Vergueiro:

“... Falou-se no inconveniente que resulte de usarem os desembargadores de beca por não poderem aparecer senão de sege; muitos desembargadores tenho visto andarem na rua com essa vestimenta a pé...”

Continuando, exaltava as virtudes da beca, enquanto desacreditava a conveniência da adoção de “outro vestido”:

“Se os desembargadores fossem obrigados a andarem com outro vestido, só em vestuário teriam que fazer uma considerável despesa para se apresentarem com decência, e andando de beca podem fazer muita economia, porque Deus sabe muitas vezes o que lá vai por baixo.”(1)

Força de expressão. Intenção, de certo, de distrair o auditório que, segundo os Anais, desatou em risos.

O Senado não se deteve ante o problema. Pronunciou-se ligeiramente, apenas, sobre as vestes dos juizes, aprovando o uso de beca e capa.

No tocante ao ordenado dos membros do Tribunal, fixado pelo art. 4º do Projeto em “quatro contos de réis” para o Presidente e “três contos e duzentos”

(*) Em um trecho de uma intervenção do Marquês de Caravelas, na sessão de 9 de maio de 1828, tem-se a diferença que se fazia entre apoiar e aprovar uma emenda:

“O Sr. Marquês de Caravelas — Uma coisa é ser apoiada uma Emenda, outra é ser aprovada. Apoiar a Emenda é para se discutir, e a Câmara quase sempre apóia, ainda mesmo aquelas que à primeira vista parece que não têm lugar; porque pode ser que na discussão o seu autor apresente tais razões que faça mudar a Câmara de opinião, a respeito dela; aprovar, porém, a Emenda é adotá-la depois de debatida.” (Anais do Senado do Império do Brasil — Tomo I, pág. 32.)

para os Ministros, e, ainda na Câmara, uniformizado para “quatro contos de réis”, sem discriminação, chama a atenção o comentário, no Senado, de Francisco Carneiro de Campos, quando sublinha a insuficiência da quantia.

Ao contrário de Clemente Pereira, afeito este à visão de ministros paramentados de beca, palmilhando ruas e calçadas, Francisco Carneiro de Campos, decididamente, incluía “no tratamento muito decente” devido aos magistrados por “sua alta graduação”, uma “carruagem montada”. Mencionando as despesas de casa e carruagem, aludia também o Senador, para considerar insuficientes os quatros contos de réis, à carestia dos gêneros a fustigar os assalariados no Rio de Janeiro, já nos idos de 1828.

O texto (29):

“... O ordenado de quatro contos de réis não sei se é suficiente para estes primeiros magistrados, que devem ter um tratamento muito decente, como convém à sua alta graduação. No tempo presente de certo o não é, porque só a casa e uma carruagem montada leva metade dessa quantia, se não mais, todavia, esperanço-me em que estas circunstâncias não sejam permanentes, em que o câmbio deve vir a termos mais razoados e fará descer todos os gêneros, cuja carestia tanto aflige presentemente os que vivem de ordenados.”

Isto observando, Francisco Carneiro de Campos decidiu dar sua adesão aos quatro contos de réis, tendo em vista:

“... o estado do Tesouro público; a grandeza de nossa dívida ...”

Santo zelo patriótico!

As divergências surgidas em torno de como escolher-se o Presidente do Tribunal também não deixaram de apresentar seus lances curiosos, especialmente, no Senado vitalício.

Em ambas as Casas legislativas, se de um lado uns defendiam a eleição de um dos ministros pelos próprios ministros, de outro, pugnavam os partidários da nomeação pela Coroa. Escudavam-se os primeiros na necessidade da independência do Judiciário, enquanto os últimos procuravam arrimo no art. 102 da Carta outorgada que deixava ao Imperador a atribuição de nomear os magistrados.

Dentre os partidários da nomeação pela Coroa, no Senado, figurava José Feliciano Fernandes Pinheiro, Visconde de São Leopoldo, cujo voto, expresso na sessão de 9 de maio de 1828, vale ser transcrito (30):

Sr. Presidente. Voto pura e simplesmente pela observância da Constituição, que deu ao Imperador a prerrogativa de nomear magistrados e dar honras, em consequência pertence só a este Chefe da Nação o direito de nomear o Presidente deste novo Tribunal, como de todos os mais Tribunais de Justiça. De qualquer modo que se considere a nova Presidência, seja Cargo, Emprego, Comissão, Honra, Dignidade vem a ser um *munus* público, e de grande confiança, entra, pois, necessariamente na regra geral da nomeação do Imperador. Um ápice não

devo tirar do que a Lei Fundamental especificou. Toda a coartada a essa prerrogativa do Chefe da Nação se me antolha como infração da mesma Lei.

Sr. Presidente. Não se pode figurar o novo Tribunal como Colégio Pontifício, ou Colégio Eleitoral. A Constituição marcou os casos em que tinham lugar as eleições de Presidente em Congresso de origem popular: não somos autorizados a formar outros, que cheiram a Democracia ...”

Do lado oposto, Francisco Carneiro de Campos, contra a nomeação pelo Imperador, exaltava a independência dos juizes como ⁽³¹⁾

“... a mais sólida base da prosperidade dos Impérios, pelos seus incalculáveis resultados sobre as seguranças das pessoas e propriedades e, consequentemente, sobre a criação e aumento da riqueza pública...”

Venceu a eleição do Presidente dentre os membros do Tribunal pelo Imperador, processo que, de certo, “não cheirava a democracia”!

Se da leitura dos *Anais* da Câmara e do Senado de Império emergem os aspectos supra-sublinhados, ressalta, igualmente, o quanto mereceram a atenção do Legislativo os demais temas apresentados pela Proposição. Haja vista a concessão das revistas - a matéria mais profundamente discutida na tramitação do Projeto. Esse tema foi estudado dos mais variados ângulos: a revista em razão da alçada, a revista em face da manifesta nulidade ou injustiça notória nas causas cíveis e criminais, a questão das nulidades, a expressão injustiça notória, as revistas e a suspensão das sentenças, em especial, nas causas criminais, o processo da revista e assim por diante.

Na discussão da citada matéria, vale acrescentar que o Legislativo enfrentou problemas de maior extensão, considerando-se que o tratamento do recurso em tela pressupunha a elaboração prévia de leis reguladoras ou organizadoras dos Tribunais inferiores.

Leiam-se, por exemplo, os arts. 6º e 22 do Projeto retrotranscrito. No primeiro previa-se a concessão das revistas nas causas cíveis e criminais, não só nos casos de nulidade manifesta e/ou injustiça notória, como em razão da alçada, problema, reza o dispositivo. *de que tratará a lei das relações* (grifamos). Também à então inexistente lei das relações referia-se o art. 22, para dizer que a distribuição dos processos no Tribunal seria feita na forma dessa lei.

Aliás, merece realce o fato de que Bernardo de Vasconcellos elaborou o Projeto em foco, na pressuposição de que o Projeto das Relações seria apresentado antes deste do Supremo Tribunal de Justiça. Ele próprio o diz na sessão de 25 de junho de 1827 ⁽³²⁾:

“Sr. Presidente, quando eu fiz este Projeto, tinha tencionado como membro da Comissão de Leis Regulamentares, introduzir no Projeto das Relações o processo das revistas e, por esse motivo, foi concebido este tão concisamente, mas como ele precede ao das Relações, é preciso que entre o processo ao menos na parte das revistas, que têm lugar no Tribunal Supremo.”

Tais foram as dificuldades surgidas em decorrência da inversão na elaboração das leis que, já na terceira discussão do Projeto em tela, no Senado, Antônio Luiz Pereira da Cunha, Marquês de Inhambupe, chegou a sugerir ⁽⁸³⁾:

“Proponho o adiamento da 3ª discussão da Lei de organização do Conselho Supremo de Justiça, até que passe o Regulamento das Relações Provinciais.”

Apoiada, discutida e votada, a sugestão não obteve aprovação. Prosseguiu-se no debate do Projeto, fazendo-se os acréscimos necessários à complementação da lei.

De forma que, entre maio de 1827 (a contar do dia 26) e agosto de 1828, a matéria tramitou na Câmara e no Senado. Da primeira, foi encaminhada à segunda Casa legislativa, por ofício de 5 de outubro de 1827. Do Senado, voltou à Casa de origem, com emendas, a 1º de agosto de 1828. A 23 do mesmo mês e ano, comunicava a Câmara dos Deputados à Câmara dos Senadores, por ofício, haver “adotado” as sugestões desta, resolvendo encaminhar o Projeto do Supremo Tribunal de Justiça ao Imperador, para, em forma de decreto, receber sanção ⁽⁸⁴⁾.

A subida à sanção parece-nos ter sido adiada em razão do seguinte fato colhido dos Anais da Câmara e do Senado.

Informam os Anais da Câmara dos Deputados referentes à sessão de 27 de agosto de 1828, sobre a leitura de

“... um parecer da Comissão de Redação, notando certas incompatibilidades na lei do Supremo Tribunal de Justiça, pelo modo com que se exprimem as emendas do Senado, aprovadas nesta Câmara: ...” ⁽⁸⁵⁾

Tem-se, em seguida, a notícia da aprovação da referida matéria cujo encaminhamento ao Senado se comprova com a transcrição de um expediente datado de 27 de agosto de 1828 ⁽⁸⁶⁾:

“Para o Secretário do Senado.

Il.^{mo} e Ex.^{mo} Sr. Tratando a Comissão de Redação desta Câmara de reduzir a decreto para subir à Imperial sanção o Projeto de Lei sobre o Supremo Tribunal de Justiça com as emendas da Câmara dos Senhores Senadores que já haviam sido adotadas e observando certos embaraços e incongruências nascidas certamente da última redação das mesmas emendas, julgou do seu dever participá-lo à Câmara apresentando ao mesmo tempo a sua opinião sobre o expediente a seguir-se nesta hipótese, como tudo se vê do parecer que por cópia vai incluso. E, havendo a Câmara aprovado o mesmo parecer em todas as suas partes, cumpre-me comunicá-lo a V. Ex.^a para que seja presente ao Senado com a cópia do mencionado parecer a fim de merecer a sua aprovação. Deus guarde a V. Ex.^a Paço da Câmara dos Deputados, em 27 de agosto de 1828. — José Carlos Pereira de Almeida Torres.”

O parecer aludido, que os Anais não registram, mas, cujo original se encontra depositado no Arquivo da Câmara dos Deputados, está vazado nos seguintes termos (37):

“Dada a Comissão de Redação ao trabalho de redigir o Projeto da criação do Tribunal Supremo de Justiça com as Emendas, que lhe fez o Senado, e nesta Câmara se aprovaram, topou com algumas incompatibilidades, que, entendendo não deverem passar na última apuração, que lhe incumbe, julgou do seu dever representá-las, para que, se parecerem, como é de esperar, dignas de consideração, se dêem as providências a fim de que apareça a Lei, senão aperfeiçoada completamente, purificada ao menos de defeitos, que tão prominentes, são verdadeiramente absurdos, que passariam em menoscabo da veneração devida às disposições legislativas, com descrédito dos Legisladores.

É incompatível a obrigação que, na emenda ao § 2º do art. 4º, se impõe a todos os Juizes de se apresentarem ao Presidente do Tribunal para serem matriculados; porque é impossível o desempenho de uma apresentação, que de maneira determinada, se não pode entender se não pessoalmente feita; e não se compadece com a prudência e sabedoria da Assembléa Geral Legislativa deixar de prevenir na Lei este tropeço, que há de obstar a sua execução desde os primeiros passos; o que julga a Comissão ficar bem prevenido pela seguinte redação: Todos os Juizes para serem matriculados apresentarão ao Presidente, por si ou seus procuradores, as cartas dos lugares que atualmente servirem, e dos que forem servindo, para serem registrados, pena de se lhes não contar a antiguidade — perfeitamente persuadida, que só esta podia ser a intenção do Senado.” (*)

(*) O § 2º do art. 4º citado no parecer que se transcreve não corresponde ao § 2º do art. 4º do Projeto original, nem do Projeto redigido pela Comissão de Legislação da Câmara, conforme o vencido, para que a matéria entrasse em 3.ª discussão (sessão de 12 de julho de 1827).

O referido art. 4º, na forma sugerida pela Comissão de Legislação, dizia:

“Art. 4º — São atribuições do Presidente:

1.º) dirigir os trabalhos dentro do Tribunal, manter a ordem e fazer executar este regimento;

2.º) advertir os officiaes da Casa na falta do cumprimento de seus deveres.

.....”

Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, na sessão de 23 de julho de 1827, ofereceu emenda à disposição, propondo-lhe o seguinte acréscimo:

“Art. 4º — Depois do § 1º acrescente-se:

1º a) Fazer lançar, em livro próprio e por ele rubricado, a matrícula de todos os Magistrados, que ora servem, ou de novo forem admitidos, e seguidamente o tempo de serviço, que forem vencendo com declaração dos lugares e qualidades do serviço, e notas de terem servido bem ou mal, referindo-se em tudo a registros ou documentos guardados na secretaria.”

(continua)

É incompatível redigir-se a disposição do art. 6º na conformidade da Emenda do Senado, (*) e conservar-se nele a cláusula, com que passou nesta Câmara — e se o valor das cíveis exceder a quantia de 1:200\$000 réis — porque incompatível é, e manifestamente contrário à intenção, com que o Senado fez a sua emenda, permitir-se o intentar a revista das sentenças de todos os Juizes em última instância, compreendidas as dos Juizes inferiores, que singularmente julgam, como se vê das emendas feitas aos artigos 10, 15, 16, 17; e estar a par desta tão ampla, e favorável permissão, uma expressa limitação que totalmente a reduz à nulidade, não podendo dar-se o caso de haver uma sentença proferida por Juiz inferior em primeira e última instância, em causa que exceda o valor acima dito: o que entende se não poderá remediar sem que se suprima aquela cláusula; sendo talvez admissível haver-se esta supressão como implicitamente incluída nas emendas referidas.

A Comissão, em tais circunstâncias, é de parecer que, considerando-se estas incompatibilidades, posto que de consequências se passassem, fáceis contudo de se remediar, como provenientes somente de defeito de redação, que para sanar-se não depende da providência do art. 61 da Constituição, como já tem reconhecido as duas Câmaras em caso semelhante, se consulte o Senado, se convém no que fica exposto para assim se harmonizar a redação.

Paço da Câmara, 26 de agosto de 1828. — *J. A. da Silva Maya* — *José Cesário de Miranda Ribeiro* — *L. P. de Araújo Bastos*. Em 26 de agosto, aprovado. P. Offício em 27.”

A emenda foi aprovada e com ligeiras modificações de redação (“notando, se serviram bem ou mal”, em lugar de “e notas de terem servido bem ou mal”; “documentos existentes” ao invés de “documentos guardados”) integrou a redação do Projeto oferecida à consideração da Câmara dos Senadores. No Senado, foi oferecida e aprovada uma emenda ao mesmo art. 4º, assim redigida:

“Art. 4º —
§ 3º — Como está o § 2º que passa para 3º, e no fim acrescente-se: “Para esse fim todos os Juizes se apresentarão ao Presidente para serem matriculados, e farão registrar as Cartas dos lugares, que forem servindo, pena de se lhes não contar a antiguidade.
.....”

Voltando o Projeto à Câmara dos Deputados e adotando esta as emendas do Senado, veio a Comissão de Redação da Câmara a dar com as incompatibilidades de que trata o parecer transcrito.

(*) O art. 6º do Projeto, já transcrito, discutido pela Câmara e emendado, recebeu a seguinte redação:

“Art. 6º — As revistas somente serão concedidas nas causas cíveis, e crimes, quando se verificar um dos dois casos — manifesta nulidade — ou injustiça notória nas sentenças proferidas nas Relações, Juntas de Justiça, e Tribunais, que julgam em última instância; e se o valor das causas cíveis exceder a quantia de 1:200\$000 réis.”

No Senado, a disposição recebeu a seguinte emenda:

“Art. 6º — Em lugar das palavras “Nas sentenças proferidas nas Relações, Juntas de Justiça, e Tribunais”, diga-se “nas sentenças proferidas em todos os julgados em última instância”.

Lido o expediente da Câmara na sessão do Senado de 27 de agosto de 1828, a matéria foi discutida, resolvendo a Casa aprovar as observações constantes do Parecer.

A 29 de agosto, a Comissão de redação da Câmara dos Deputados apresentava redigida a lei que seria sancionada a 18 de setembro de 1828 (36).

A expedição da Lei de 18 de setembro seguiu-se a nomeação dos integrantes do Tribunal, ainda em 1828. O primeiro titular da Presidência da Casa, José Albano Fragoso — a cujo nome a História nem sempre associa memórias felizes (°) —, foi nomeado pelo Imperador a 18 de outubro.

Por Decreto de 2 de janeiro de 1829, dispôs o Governo sobre a data da instalação dos trabalhos e estabeleceu os dias, o horário e a duração das sessões ordinárias da Corte (39):

“.....

Hei por bem que o Supremo Tribunal de Justiça, criado pela Carta de Lei de 18 de setembro do ano próximo passado, se instale no dia 9 do corrente mês; que as conferências ordinárias do mesmo Tribunal sejam às terças e sextas-feiras; que comecem às 9 horas da manhã e durem, ao menos, quatro horas; devendo tais conferências ter lugar nos dias antecedentes, quando aqueles sejam impedidos.”

A 8 de janeiro de 1829, o Presidente José Albano Fragoso tomou posse nas mãos de D. Pedro I no Paço da Boa Vista.

A 20 de janeiro e não a 9, como dispusera o decreto imperial, instalava-se o *Supremo Tribunal de Justiça, em caráter provisório, na “Casa do Ilustríssimo Senado da Câmara”,* de onde, posteriormente, foi transferido para o prédio onde funcionava a Relação da Corte, na Rua do Lavradio.

Órgão de competência restrita, segundo se conclui da leitura do art. 5º da Lei de 18 de setembro, o Supremo Tribunal de Justiça do Império, na conceituação de Aliomar Baleeiro (40), “... com variação de nome, era a Casa da Suplicação do Rio, fundada pelo Príncipe Regente, o futuro D. João VI, mercê do Alvará de 10 de maio de 1508, à imagem do órgão semelhante e secular de Lisboa, regulado pelas Ordenações Filipinas”.

Considere-se que a Corte Suprema, justamente por tradição do direito reinícola, atuava em nome do Imperador, a despeito da consagração pela Carta do Império da clássica divisão dos poderes e da definição constitucional da competência de cada um deles. O certo é que se dava aos tribunais superior-

(*) Tavares de Lyra, escudado em Mello Moraes, concluiu no sentido de ter sido José Albano Fragoso o Juiz encarregado de proceder à devassa em torno do assassinato de dona Gertrudes Pedra, de que foi mandante D. Carlota Joaquina. É certo que o Magistrado, cumprida a tarefa, encaminhou o processo ao Rei para deliberar “como a justiça o pede e aprouver a Vossa Majestade”. A coroa, é claro, absteve-se de atender aos reclamos da Justiça. Ainda Tavares de Lyra sublinha o fato de ter José Albano Fragoso presidido a devassa, aberta no Rio de Janeiro, para apurar sobre as possíveis ramificações da revolução pernambucana (In *Rev. do Inst. Hist. e Geogr.* Tomo 104, Vol. 158, págs. 1.045/1.049).

res os títulos de “majestade” e “senhor”, como se a Justiça falasse em nome do soberano e constituísse ramo do Poder Executivo.

Exemplo desse tratamento tem-se na peroração proferida pelo Deputado Ferreira Vianna, em favor do Bispo de Grão-Pará, na Questão dos Bispos (41):

“Em vós, Senhor, deve fulgurar, sobre as gemas de Vossa Coroa, o poder com que sabeis dominar as Paixões, que, mais uma vez, exigem o sacrifício do inocente. Quantas bênçãos não cairiam sobre vós se, iluminado pela justiça, permitissemos que celebrassem, com transportes de alegria e júbilo, a festa santa da libertação do heróico bispo do Grão-Pará Restituí, Senhor, a cabeça ao corpo, o pastor às ovelhas, o mestre aos discípulos, aos órfãos pobres, que choram sua ausência e seu cativeiro, o benfeitor infatigável, o grande sacerdote aos sacerdotes, e a Lâmpada ao santuário.”

Não só o Poder Moderador colocava-se acima do Judiciário. Comenta Tavares Lyra que essa subalternidade provinha, em maior escala (42),

“... da dependência em que estava (o Poder Judiciário) do Legislativo e do Executivo que, identificados por interesses políticos ocasionais, conjugavam quase sempre sua ação para enfraquecê-lo, delimitando-lhe a órbita de atribuições, cerceando-lhe a autonomia, desrespeitando-lhe as garantias de independência.”

Mesmo assim, o Supremo Tribunal de Justiça exerceu papel de relevo na história do Império, contribuindo para que se unificasse a interpretação do Direito aplicado pelas Relações provinciais, legando à magistratura brasileira, por via da integridade de muitos dos seus membros, exemplos de altivez e desinteresse ante as pressões. Relembre-se, a propósito, a atitude de Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos, Barão e Visconde de Montserrat, que se recusou a dar cumprimento a atos do Governo, por julgá-los inconstitucionais, preferindo demitir-se a mandar cumpri-los.

Relatamos o fato na palavra de Tavares de Lyra (43):

“... Por motivos, cuja procedência ou improcedência escapa ao meu exame, o Governo, sendo Ministro da Justiça o Conselheiro Cansansão de Sinimbu, houve por bem aposentar compulsoriamente, em 30 de dezembro de 1863, diversos magistrados, e, entre eles, os Ministros Gustavo Adolfo de Aguilar Pantoja, Tibúrcio Valeriano da Silva Tavares, Cornélio Ferreira França e José Antônio de Siqueira e Silva. O Tribunal estava em férias quando foram publicados os respectivos decretos; mas, em começo de fevereiro de 1864, na sua primeira sessão, tomou conhecimento dos mesmos, recusando-se a dar-lhes cumprimento por considerá-los inconstitucionais: ou aqueles Ministros tinham prevaricado, e cumpria processá-los criminalmente, ou não tinham, e os atos do Poder Executivo eram um atentado inominável. Montserrat, Presidente, de inteiro acordo com os seus colegas, comunicou a resolução tomada ao Ministro da Justiça, que, desde 15 de janeiro, era outro: Zacarias de Goes.

Este insistiu para que não fossem desrespeitados os atos do Governo decaído. Montserrat não cedeu e apresentou seu pedido de demissão de Presidente do Tribunal, pedido que foi imediatamente aceito."

Lembremos, também, o Visconde de Sabará, de temperamento irascível mas de espírito altivo e independente.

Era Sabará Presidente da Corte Suprema do Império, quando o Ministro da Justiça, Francisco de Assis Rosa e Silva, expediu o Aviso nº 83, de 17 de dezembro de 1888, chamando a atenção de todos os juizes e tribunais para as disposições da Ord. Liv. 3ª. Tit. 66. § 7º, e dos arts. 232 e 737 do Reg. 737, de 25 de novembro de 1850, que recomendavam a fundamentação das sentenças.

Nessa oportunidade, "depois do mais refletido e escrupuloso exame", o Visconde oficiou ao Ministro pedindo-lhe que reconsiderasse o ato, alegando que o Supremo Tribunal de Justiça (41).

"... no desempenho das atribuições que lhe confere a Constituição do Império, não está subordinado ao Poder Executivo, não tendo superior que legalmente possa reprovar ou censurar os atos praticados no exercício de sua privativa e suprema jurisdição. . . "

Adstrito, em geral, a conceder ou negar revista da decisão recorrida, sob o fundamento de haver ou não injustiça notória ou manifesta nulidade na mesma decisão (art. 5º, item 1º, e art. 6º da Lei de 18 de setembro), a Corte Suprema do Império não foi versátil em suas sentenças. Desses acórdãos diz, inclusive, o Ministro Hermenegildo de Barros que, nem sempre, apresentavam a necessária fundamentação (42):

"... não eram, em regra, devidamente fundamentados, pelo menos, os dos primeiros tempos do Império."

Justificando a opinião, escreve ainda o autor:

"Tem-se a impressão de que no antigo Supremo Tribunal de Justiça não se estudava, tanto quanto seria necessário, devido, talvez, à idade avançada dos Ministros, que naquele tempo não eram aposentados compulsoriamente, por força da idade."

Se não se celebrizaram os acórdãos, ficaram na História diversos processos julgados pelo Tribunal nos seus sessenta anos de atividade.

Tal a célebre questão dos Bispos (*) cujo relato e desfecho, no tocante ao Bispo de Olinda, D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira, se contém na se-

(*) Lei nº 609, de 18 de agosto de 1851. "Declara o Tribunal pelo qual devem ser processados e julgados os Arcebispos e Bispos do Império, nas causas que não forem puramente espirituais". "Art. 1º - Os Arcebispos e Bispos do Império do Brasil, nas causas que não forem puramente espirituais, serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça" (Coleção das Leis do Império do Brasil, 1851, Tomo 12, Parte 1.ª, Seção 7, pág. 8). Nabuco de Araújo, em projeto que apresentou à Câmara em julho de 1843, e que é objeto da nota 53 do presente trabalho, já havia proposto que se atribuisse a mesma competência ao Tribunal, em relação aos Bispos.

guinte sentença da Corte de Justiça e que aqui se transcreve pelo significado histórico do documento (46):

“Feito o relatório deste processo crime, na forma da lei e observadas as suas disposições:

Atendendo que as irmandades são instituições de natureza mista, para cuja existência concorrem o poder temporal e espiritual, sendo os respectivos compromissos organizados pelos fundadores, aprovados pelos preladados na parte espiritual e confirmados pelo governo ou pelas assembleias provinciais (lei de 22 de setembro de 1828, art. 2º § 11) e assim são sujeitos à jurisdição eclesiástica na parte espiritual e à civil ou temporal em todas as mais disposições;

Atendendo que os requisitos que devem ter as pessoas para poderem pertencer a tais associações não fazem objeto de natureza espiritual; Atendendo que, sendo indispensável, além da vontade dos fundadores, o concurso dos dois poderes para a decretação da lei que tem de regular tais instituições e marcar os direitos e obrigações de seus membros, não pode ser alterada ou reformada por um dos dois poderes sem o concurso do outro e intervenção da irmandade (Resolução de consulta de 15 de janeiro de 1867);

Atendendo que a declaração da incapacidade de certa classe ou indivíduos em pertencer a tais associações por motivos não declarados nos respectivos compromissos importa reforma ou alteração deles;

Atendendo que o acusado ordenou à mesa da irmandade do Santíssimo Sacramento da Igreja de Santo Antônio, que expelisse do seu grêmio um certo e determinado indivíduo por pertencer à sociedade maçônica permitida pelas leis do Império e bem assim todos os mais irmãos que estivessem no mesmo caso;

Atendendo que, recusando-se a irmandade a cumprir tal ordem por contrária ao compromisso, o acusado fulminou contra a mesma a pena de interdito sem proceder a quaisquer informações e nem mesmo ouvir os interessados;

Atendendo que, assim procedendo, o acusado arrogou jurisdição e poder temporal e mais usou de notória violência no exercício do poder espiritual, postergando na imposição da gravíssima pena de interdição o direito natural e os cânones recebidos na Igreja brasileira, que não consentem que alguém seja condenado sem ser ouvido, observados os termos da defesa;

Atendendo que, interposto o recurso à Coroa, autorizado pelo Decreto nº 1.911, de 28 de março de 1857, de conformidade com a legislação anterior, o acusado recusou responder a ele, desconhecendo sua legalidade, e decidido o mesmo recurso, sendo-lhe transmitida a resolução imperial para cumpri-la, não só deixou de o fazer, como também incitou os vigários a que igualmente deixassem de cumpri-la, amedrontando-os com a pena de suspensão *ex informata conscientia*, de que fora vítima um que se mostrou hesitante;

Atendendo que o acusado como empregado público (Ato adicional à Constituição, art. 10 § 7º) em sua elevada posição deveria ser pronto e solícito em cumprir e fazer cumprir pelos seus subordinados as leis do país, mais grave se tornou a sua recusa e obstinação à ordem legal, chegando até a considerar como herética a matéria do recurso à Coroa e ao *placet* (ofício de 6 de julho de 1873);

Atendendo finalmente que, pelas razões expostas, a presente causa é da alçada do tribunal, e que o acusado com o seu procedimento impediu e obsteu os efeitos da determinação do poder executivo, contidos naquela resolução, como se acha plenamente provado dos autos:

Julgam ter o Rev. D. frei Vital Maria Gonçalves de Oliveira incorrido na pena do art. 96 do Código Criminal, e o condenam a quatro anos de prisão com trabalho e nas custas.

Rio de Janeiro. 21 de fevereiro de 1874 — Brito, Presidente — Leão, relator sem voto — Veiga — Barão de Montserrat — Simões da Silva — Villares — Valdetaro — Costa Pinto, e por outros fundamentos expostos na discussão — Albuquerque, julguei o réu incurso na pena do art. 128 do Código Criminal pela desobediência a: por ter deixado de cumprir a decisão do recurso, matéria principal do aviso, que determinou a denúncia — Barão de Pirapama, julguei nulo o processo, não só pela incompetência do tribunal para julgar causas puramente espirituais, como é expresso na lei de 18 de agosto de 1851, como também por não se achar prescrita e regulada a forma do processo para o julgamento dos bispos. Mas, como isto se não venceu, absolvo o acusado, por não haver lei alguma penal aplicável à espécie em questão.”

Esse e o acórdão prolatado no processo do Bispo do Pará não foram bem recebidos nos círculos jurídicos e sobre eles incidiram severas críticas.

É ainda Hermenegildo de Barros quem transcreve um parecer pertinente, divulgado pela publicação *Direito* (47):

“... o país tinha o direito de esperar que nessas causas de tão agigantadas proporções, em que se debatem os mais vitais interesses da religião e da liberdade, o seu primeiro tribunal não se mostrasse tão pigmeu, tão somenos no desempenho da nobre e grandiosa missão que lhe assinalam o nosso pacto fundamental e as leis de sua organização; tinha o direito de esperar que esse venerando tribunal, ao menos por honra própria, não o expusesse para com o estrangeiro à humilhação de que não pode mais isentar-se, desde que se acham no domínio público essas sentenças, que desacreditam qualquer aprendiz de lógica e de direito ... Entretanto (continuou a redação), não lançaremos à conta dos ilustres Ministros do Supremo Tribunal de Justiça toda a responsabilidade da iniquidade de que foram eles os autores. Os nossos legisladores dela também participam, pois que até hoje ainda não providenciaram no sentido de não poderem ser conservados como juizes homens inteiramente inaptos para o estudo, alguns cegos, outros surdos, quase todos maiores de 70 anos.”

Note-se, nas expressões finais, a coincidência com a observação supra-transcrita, sobre a inaptidão dos ministros em decorrência da idade.

Perante o Supremo Tribunal do Império, na qualidade de foro privilegiado, foi também julgado e condenado às galés perpétuas o Desembargador Pontes Visgueiro, da Relação do Maranhão, acusado de haver assassinado a amante a punhaladas. Sendo já sexagenário o réu, a pena foi substituída por prisão perpétua (48).

Conheceu, igualmente, a Corte de Justiça de processos *sui generis* que causaram espécie no meio judiciário e celebrizaram-se pela curiosidade.

A *Revista do Instituto dos Advogados do Brasil*, em número especial, traz um resumo de um desses processos, talvez o mais gritante entre os que se registraram na história dos Tribunais da Corte.

Trata-se do processo crime por abuso de liberdade de imprensa, movido por Frei Manoel da Natividade e Azevedo, religioso carmelita, contra o indivíduo Antônio Pereira de Magalhães.

Resumimos a matéria publicada pela *Revista do Instituto dos Advogados* (49):

Religioso professo e procurador do Convento do Carmo, na Corte, Frei Manoel caiu no desagrado de Antônio Pereira de Magalhães que demandava o Convento e atribuía ao frade as dificuldades que lhe surgiam na Justiça. Nessa suposição, arremeteu-se contra o procurador da Casa religiosa através dos jornais, chamando-o de falsário, mentiroso, traíçociro, etc.

Frei Manoel, com a competente licença de seu superior, levou a Juízo o responsável legal pelas injúrias que, em defesa própria, o que fez foi reiterar as expressões injuriosas contra o autor da queixa.

O Juiz Suplente da 2ª Vara Municipal da Corte, perante o qual o frade intentara o processo, deu-lhe ganho de causa, sentenciando:

“À vista, pois, dos autos, incorreu o R. no art. 236 do Cód. Crim. e seus parágrafos, e em vista das circunstâncias agravantes e atenuantes, que acompanhavam o delito, o condeno a quatro meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo, grau médio do art. 237, § 3º, combinado com o art. 230 do referido Cód. Pen. e pague mais o R. as custas. Rio, em 21 de julho de 1862. *Luiz Alvares de Azevedo Macedo.*”

Apelando o réu para o Juízo superior — 2ª Vara Crime de Direito — o Juiz em exercício, Gaspar Silveira Martins, prolatou a célebre sentença:

“Vistos estes autos etc.

— Julgo nulo todo o processo, pela manifesta incompetência do A. que é frade, e como tal morto civil; e como este não é pessoa jurídica, não pode ser autor em Juízo civil e criminal, devendo neste último caso ser representado pela sociedade em seu Promotor; pois se de um lado o frade perde a personalidade jurídica, de outro, como

pessoa natural que é, e que não pode deixar de ser, como paciente de um delito, é pessoa verdadeiramente miserável, caso em que ao Promotor ou à justiça pública compete proceder. Assim, pois, o decido: e atendendo que o R. não pode pagar as custas, porque venceu, nem a Municipalidade, porque a Justiça não oficiou, e não pode, portanto, ser vencida, nem o frade autor, porque não devia ser admitido em Juízo, e nem tem meios para isso, nem o Convento que não litigou, nem autorizou a ação, condeno nas custas o Juiz inferior, que deu causa à nulidade, admitindo em Juízo pessoa que o não é em Direito, por assim determinar a Ordenação antiga e o atual Código Criminal. Rio, 29 de agosto de 1862. — *Gaspar Silveira Martins.*”

Intimado através de carta, que o alertava sobre a possibilidade de usar dos recursos que lhe competisse, o Juiz, condenado em Juízo de 2ª Instância, apelou da sentença para o Tribunal da Relação (Apelação da lavra de Augusto Teixeira de Freitas).

A Relação da Corte decidiu não conhecer da apelação por ter sido esta interposta de sentença proferida pelo Juiz de Direito em segunda instância. E condenou o apelante nas custas, em 15 de novembro de 1862.

Manifestou, então, o Juiz condenado o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça que proferiu no processo o seguinte acórdão:

“N.º 1.775 — Vistos, expostos e relatados estes autos de Revista crime entre partes, Recorrente o Juiz Municipal da 2ª Vara do Município da Corte, Luiz Alvares d’Azevedo Macedo, e Recorrido o Juízo: Concedem a Revista pedida, por injustiça notória do Acórdão de fls., que não tomou conhecimento da apelação interposta pelo Recorrente da sentença de fls. na parte que o condena nas custas do processo porquanto, não tendo sido o Recorrente parte na causa, mas sim o Juiz que a julgara em primeira instância e tendo apelado unicamente da sentença, que o conderara nas custas, evidente é que a referida sentença só importa decisão de 2ª instância para com as partes litigantes, e pelo que pertence a matéria sobre que versou o processo e foi decidida em primeira: e não para com o próprio Juiz, que julgou a causa e foi condenado nas custas pelo Juiz de Direito, para quem se apela: condenação esta que, por ser a primeira, não pode ser considerada de segunda e última instância, mas sim uma decisão de primeira, da qual cabe apelação para a Relação, na conformidade do art. 78, § 2º, da lei de 3 de dezembro de 1841, pois que do contrário dar-se-ia o absurdo de ficarem os prejudicados sem defesa e sem recurso das decisões proferidas em uma única instância.

Portanto, remetem-se os autos à Relação da Bahia, que designam para revisão e novo julgamento.

Rio de Janeiro, em 25 de abril de 1863 — *Barão de Montserrat*, Presidente — *Barão de Pirapama* — *Siqueira* — *Veiga* — *Pinto Chichorro* — *Brito* — *França* — *Simões da Silva* — *A. Pantoja* — *Leão* — *Silva Tavares* — *Marianni.*”

A Relação da Bahia relevou o Juiz Luiz Alvares de Azevedo Macedo do pagamento das custas, nomeando quem deveria pagá-las. E a Relação da Corte cumpriu a decisão.

O Supremo Tribunal de Justiça não sofreu transformações essenciais da criação à extinção. As alterações por que passou não lhe modificaram a fisionomia moldada segundo o espírito das instituições do Reino. Algumas delas chegaram mesmo a reforçar os traços do modelo. Tal a atribuição que se lhe deu nos termos do art. 2º do Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, no sentido de

“... tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada.” (50)

Tais assentos, de acordo com o art. 2º da mencionada lei, eram registrados em livro próprio, remetidos ao Governo imperial e a cada uma das Câmaras Legislativas, numerados e incorporados à coleção das leis; e tornavam-se obrigatórios até que fossem derogados pelo Poder Legislativo.

Dava-se continuidade ao sistema adotado pela Casa da Suplicação de Lisboa. Tanto é que o mesmo Decreto 2.684/1875 (art. 1º) emprestava força de lei, no Império, aos assentos tomados naquele Tribunal, depois da criação do Tribunal do mesmo nome, no Rio de Janeiro, até à época da Independência, exceto os derogados pela legislação posterior. Mais tarde, se diria que esse ato se constituía em retrocesso na vida das instituições. Leia-se em José Gomes B. Câmara (51):

“... O que se verificou em 1875, outorgando-se uma espécie de delegação estranha à esfera de competência do mais alto pretório de todo o Império, traduz um verdadeiro retrocesso na vida das instituições, somente suscetível de justificar-se quando sancionada por leigos, profanos em ciência jurídica, ou noviços na arte de legislar.”

Não se pode, entretanto, deixar de observar que a reformulação, não só do Supremo Tribunal de Justiça, como de toda a organização do Poder Judiciário, constituiu preocupação, objeto de estudos e matéria de projetos de lei por parte dos homens de visão do Império.

Na Assembléia Geral Legislativa, no que se refere ao Tribunal Supremo, os legisladores tinham sempre em mente a necessidade de reestruturá-lo. Provam-no os documentos entre os quais citaremos alguns.

Carneiro da Cunha, em 18 de março de 1843, apresentou um projeto que tinha como objetivo proibir o Governo de nomear magistrados para o Supremo Tribunal, enquanto durasse a “guerra do Rio Grande do Sul” e até que se fizesse “uma melhor lei orgânica” que regulasse “os trabalhos, atribuições, alçada e número de membros” da Casa de Justiça (52).

Também em 1843, a 1º de julho, Nabuco de Araújo propôs à Câmara dos Deputados, em proposição de dez artigos, a alteração da organização da Corte Suprema (53).

O Tribunal, na conformidade do Projeto, soferia, entre outras, as seguintes modificações: dividir-se-ia em duas seções, uma para conhecer das causas criminosas, outra, das causas cíveis (art. 1º); seria 25 o número de seus membros (art. 2º); e o mais importante: concedendo o recurso de revista, passaria a Corte a conhecer do mérito da questão, para julgá-la e devolver o feito ao juízo *a quo*, tendo em vista a execução da sentença.

Leia-se o art. 6º da proposição:

“Art. 6º — Concedida a revista, os mesmos juizes que a julgaram tratarão logo do merecimento da causa, reformarão a sentença recorrida e os autos serão remetidos para o Juízo do qual se recorreu a fim de ser executada a sentença de revista.”

Mais tarde, Ministro da Justiça (1853 a 1857), Nabuco de Araújo (*) vasculharia a organização judiciária, com a finalidade de empreender uma reforma de base, iniciativa que figurou em relevo na sessão de 1854.

Infelizmente, os estudos de Nabuco não foram imediatamente aproveitados. Culpa da “lentidão extrema dos antigos trâmites legislativos” (34), escreve Joaquim Nabuco, referindo-se não apenas ao pai, como a outros estadistas que não conseguiram a pronta incorporação de suas idéias aos textos legais.

Em 1845, outra proposição endereçada ao Judiciário seria oferecida à Câmara dos Deputados, visando esta à reformulação do Supremo Tribunal de Justiça. Trata-se do Projeto de Nicolau Rodrigues dos Santos França e Leite, datado de 15 de fevereiro.

França e Leite precedeu a apresentação da matéria à Câmara de uma exposição sobre a iniciativa, em que analisa os pontos básicos da propositura, criticando, ao mesmo tempo, a organização do Tribunal.

Julgamos oportuna a transcrição do discurso do parlamentar, pronunciado na sessão de 22 de fevereiro de 1845, quanto aos parágrafos pertinentes à referida exposição (35):

“O SR. FRANÇA LEITE: — Sr. Presidente, eu tenho anunciado à Câmara alguns trabalhos que tenho feito a respeito do Poder Judiciário; eu tenho prometido trazer esses trabalhos à consideração da Câmara, eu agora os ofereço, e declaro que, julgando os primeiros trabalhos sobre a organização do Poder Judiciário entre nós deverão começar pelos tribunais superiores, considerando que um tribunal superior é sempre o regulador da justiça no país, é quem dá o exemplo aos tribunais inferiores, é quem traça, por assim dizer, a regra sobre administração da justiça, principiei os meus trabalhos pelo Supremo Tribunal de Justiça. Eu considero que, no estado da organização atual, o Supremo Tribunal de Justiça, permita-se-me a expressão, parece uma anomalia: as suas decisões não constituem caso julgado, as suas decisões não constituem uma regra de justiça no país, as suas decisões não ser-

(*) Nabuco de Araújo, sempre que foi Ministro, o foi da Justiça: 12º Gabinete do II Império (6-9-1853 a 3-5-1857); 14º Gabinete (12-12-1858 a 20-3-1859); 21º Gabinete (12-5-1866 a 2-8-1866).

vem nem de aresto nem de exemplo para os tribunais inferiores; este tribunal mesmo em si me parece que não oferece garantia alguma, nem aos direitos individuais do cidadão, nem também à ordem pública. Julguei, pois, que era necessário organizar este tribunal de maneira que ele pudesse desempenhar a sua alta missão com todo o prestígio, com todas aquelas vantagens que o estado deve dele esperar.

Os trabalhos que ofereço à Câmara sobre a organização deste tribunal contêm-se neste projeto, o qual vai dividido em quatro partes, e estas partes em capítulos, parágrafos, etc. Na primeira parte, primeiro capítulo, eu apresento tudo aquilo que pensei que devia conceder ao tribunal, estabeleci as atribuições do tribunal considerado no todo, considerado com todas as suas partes, como formando um só tribunal. Essas atribuições eu julguei que eram essenciais para que pudesse garantir a justiça do país.

No segundo capítulo tratei do presidente do tribunal; considero que a jurisdição que se tem dado aos presidentes dos nossos tribunais não os habilita de maneira alguma, nem a regular os trabalhos do tribunal nem a impor respeito para com os seus membros, nem também para com o público, nem os habilita de maneira alguma também para adquirir esse prestígio que convém que os altos funcionários do país tenham. Por isso julgo que as atribuições que concedo pelo meu projeto ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça são aquelas que o habilitam ao desempenho do seu cargo. Considerando que a administração da justiça exigia que se dividissem os trabalhos para melhor desempenho deles, para mais breve expediente, eu dividi o tribunal em duas seções, e no cap. 3.º do projeto se contêm as atribuições dessas seções. Essas seções devem ter um presidente, mas um presidente que as presida somente quando estão no trabalho, e por isso no quarto capítulo marquei as atribuições desse presidente. Julguei que o procurador da coroa, exercendo ao mesmo tempo os misteres de advogado e de juiz, era uma anomalia; o considerei todavia como um advogado necessário perante o tribunal, mas não como juiz, e no quinto capítulo estabeleci todas as atribuições, tudo aquilo que julguei necessário para a boa administração da justiça, que devia ser exercida pelo procurador da coroa, e considerando que o lugar era de advogado, estabeleci que fosse um advogado. Eu sigo a regra que devemos habilitar os homens para o desempenho das funções que o Estado exige, e por isso estabeleci que os advogados do tribunal deviam ser somente do tribunal; e no cap. 6º estabeleci tudo quanto julguei necessário para admissão de um advogado ao número dos que compõem o corpo de advogados do tribunal, seus direitos, vantagens e obrigações. Julguei que não era bastante ter uma carta de uma academia para se constituir advogado em um tribunal; os negócios judiciários da mais alta importância deviam ser divididos, e no qual os indivíduos devem por isso mesmo ter a mais inteira confiança na convicção de que seus direitos e sua justiça se acham garantidos, e habilmente defendidos, por isso que os entregam nas mãos de um advogado do tribunal da mais alta importância.

Não podendo o tribunal desempenhar suas funções somente com os seus membros, tem necessidade de ter empregados. Estabeleci no sétimo capítulo o número destes empregados, dei ao presidente do tribunal o direito de os nomear, de os repreender, de os advertir, de os demitir; porque considero uma anomalia que o presidente do tribunal não tenha o direito de demitir um empregado que mal serve; que tenha necessidade de esperar que o governo tome providências que ele deve tomar. O lugar de presidente do tribunal, sendo lugar de alta consideração, de alta confiança, habilita-nos a pensar que ele não abusará desta faculdade; além de que julgo necessário que ele tenha essa atribuição para poder impor aos empregados o respeito, cuidado e zelo no desempenho dos seus deveres e na execução das suas ordens; julguei, pois, que o desempenho da justiça exigia que se concedesse ao presidente do tribunal a autoridade que mencionei.

A segunda parte do projeto contém o processo cível que deve seguir-se no tribunal. Eu considero que o sistema que existe entre nós é contrário à razão, pouco garantidor da justiça; por isso estabeleci um processo, que julgo que deve haver, um processo que tenha lugar em todos os nossos tribunais; mas que por ora limitei somente ao tribunal supremo de justiça. Estabeleci a discussão verbal das partes, julguei que só por este meio podiam os juizes membros do tribunal ser inteiramente ilustrados sobre questões que se ventilarem perante eles: o interesse que tem cada uma das partes em esclarecer o negócio perante os juizes, em desenvolver as suas provas, em tirar a convicção da justiça ao ânimo de cada um deles, me pareceu muito conveniente para acabarmos com este sistema ainda inquisitório: o processo que rege entre nós não pode servir muitas vezes senão para iludir os juizes, para sacrificar a justiça. É ainda o processo de Calígula!

Eu julguei que era uma anomalia que o tribunal decretando uma revista, uma relação se julgasse autorizada para anular este ato, para dizer que o tribunal tinha cometido uma injustiça, que era uma falsidade aquilo que ele asseverava na sua decisão; por isso estabeleci que para a revista distribuir-se-ia o processo a alguma das seções, e que a seção decretaria ou denegaria a revista conforme entendesse: se a relação que for nomeada não se achar de acordo com a decisão, poder-se-á recorrer outra vez ao tribunal, e então neste caso não será mais uma seção que decidirá, mas o tribunal em peso. Se o tribunal conhecer legítima a decisão da relação, o negócio está acabado; mas se conhecer injusta esta decisão, nomeará outra relação para decidir; e no último caso, se porventura as relações forem sempre contrárias à decisão do tribunal, neste caso há obscuridade na lei, é necessária a interpretação da lei sobre o ponto pelo corpo legislativo, e então estabeleço que o tribunal possa exigir esclarecimentos sobre a lei, mas no caso de se decidir que não é necessária interpretação da lei, ou no caso mesmo da Assembléa Geral dar inteligência à lei, o tribunal decidirá; no último caso ele decide como corpo de cassação, e julgo que isto não é incompatível com a Constituição.

No seu processo cap. 2º tratei da interposição da revista, e no cap. 3º tratei da relação revisora: julgo que é anomalia muito grande que o tribunal, composto atualmente de 18 juizes, decreta uma revista, e na relação revisora três juizes digam que esse decreto do tribunal não é legítimo. Achei que isto era contrário a toda a ordem de justiça e de razão, e por isso estabeleci o processo que na relação revisora se devia ter, considerando também a relação revisora dividida em seções; mas nos casos de revista reunidas todas as seções.

Na terceira parte do cap. 1º, se contém a matéria sobre o processo crime; cap. 1º tratei da formação da queixa, do seu processo preparatório. Na parte 4ª cap. 1º, tratei dos recursos em matérias crimes; no cap. 2º tratei da polícia do tribunal; concedi ao presidente tudo aquilo que julguei necessário para manutenção da ordem e livre administração da justiça; no cap. 3º tratei das férias judiciais. É necessário que a Câmara saiba que atualmente não temos uma regra sobre férias judiciais, até os escrivães assentam que devem eles mesmos estabelecer dias de férias, é o dia de um santo que eles lá se lembram, ou em que há de aparecer uma procissão, e então fecham-se os cartórios. Acontece que uns juizes dão audiência e outros não, que em um dia embaixo na primeira instância se trabalha, e em cima não, que a relação faz sessão, e o tribunal supremo não: isto é uma desordem, e por isso consignei aqui as férias gerais.

No cap. 4º estabeleci a prescrição da ação perante o tribunal, porque é necessário que haja um termo em que o silêncio das partes sirva mesmo para se julgar que elas estão satisfeitas com a decisão; por isso estabeleci que, dado este termo, não se poderia mais conhecer da causa. No cap. 5º tratei das disposições gerais, isto é, de tudo aquilo que diz respeito aos empregados do tribunal, aos emolumentos, às taxas que se devem pagar, às multas, ao modo de distribuir e recolher isto ao cofre particular.

Julgo que desta maneira tenho satisfeito, se não satisfatoriamente aos desejos da Câmara, ao menos conforme as minhas forças me permitem...

Como uma demonstração a mais do interesse dos parlamentares do Império pelo aperfeiçoamento do Tribunal Supremo, citaremos o projeto de José Vieira Rodrigues de Carvalho e Silva, apresentado à Câmara dos Deputados em 24 de julho de 1847 e elaborado em função da independência da Magistratura⁽⁸⁶⁾.

A despeito de não dizer diretamente com o Supremo Tribunal de Justiça, a proposição, dispondo sobre a Magistratura, dirigia-se também a seus Ministros, tratando, inclusive, do preenchimento das vagas do Tribunal "pelo rigor da antiguidade na carreira", e, "no caso de igualdade", pela escolha do "mais velho em nascimento" (art. 4º, § 3º).

Lafayette Rodrigues Pereira consideraria também o tema das reformas. Presidente do Conselho de Ministros e Chefe do 31º Gabinete do II Império (24-5-1883 a 5-6-1884), Lafayette vazou em seu programa de Governo as preocupações que nutria no sentido de promover a reorganização do Judiciário.

Deteve-se, por exemplo, o estadista sobre a necessidade de exigir-se dos candidatos à Magistratura idoneidade moral e intelectual; sobre o imperativo de proporcionar-se ao magistrado a independência pessoal indispensável ao fiel desempenho dos altos deveres de juiz.

Em suma, o mesmo empenho marcou estudos, observações, pronunciamentos, projetos de diferentes figuras do Império. A própria Coroa não escapavam os problemas existentes no quadro do Judiciário. D. Pedro II que, no seu bom senso e sabedoria, demonstrava o máximo de escrúpulos na seleção dos titulares da Magistratura (57), era sensível às falhas da Corte Suprema. Voltava, então, os olhos para o Supremo Tribunal de Justiça de Washington, em cujas funções adivinhava o segredo do bom funcionamento da Constituição americana. O venerando brasileiro anelava moldar ao esquema daquela Corte de Justiça o Tribunal pátrio e a este conferir o Poder Moderador (58).

c) *O Supremo Tribunal Federal*

Fizeram-se na República as reformas tantas vezes pensadas, mas sempre obstaculadas pelas resistências da época imperial.

O Governo Provisório, tão logo instalado, expressou, pela expedição de diferentes atos legislativos, determinação especial de reformular o edifício da Justiça brasileira.

Um dos primeiros atos pertinentes ao Judiciário, Decreto nº 25, de 30 de novembro de 1889, importante por iniciar uma série de outros de maior realce, teve como finalidade precípua eliminar os títulos de “majestade” e “senhor” atribuídos, consoante já tivemos oportunidade de observar, aos tribunais superiores.

No início de 1890, outra providência legislativa tinha em vista esses mesmos tribunais. Era o Decreto nº 210, de 20 de fevereiro, que estabelecia a forma de preenchimento dos cargos de Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e de Presidente das Relações. Na forma do art. 1º do ato, esses titulares seriam eleitos dentre os membros do respectivo tribunal, por votação nominal e maioria absoluta de votos dos ministros ou desembargadores integrantes do colegiado. O art. 2º previa que a eleição do titular da presidência do tribunal se faria anualmente, no primeiro dia da sessão, podendo ser eleito o que houvesse servido no ano anterior. O art. 3º tratava da substituição do Presidente, nos seus impedimentos.

A Constituição decretada pelo Governo Provisório (Decretos nºs 510, de 22 de junho, e 914-A, de 23 de outubro de 1890) já substituiu o Supremo Tribunal de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal, emprestando a este uma feição bem diferente daquela que caracterizava a Corte Suprema do Império.

A nova Corte de Justiça, com sede na Capital Federal, de acordo com o art. 55 da Lei, compunha-se de 15 Ministros nomeados pelo Presidente da República, dentre os trinta juizes federais mais antigos e os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. (°)

O art. 56 consagrava a vitaliciedade dos juizes federais, atribuindo competência: ao Congresso para fixar-lhes os vencimentos através de lei; ao Senado para julgar os membros do Supremo Tribunal; e, aos membros do Supremo para julgar os juizes federais.

O art. 57 determinava a eleição dos presidentes dos tribunais federais dentre os membros dos mesmos tribunais e pelos próprios tribunais; dispunha sobre a organização das secretarias destes e previa a escolha do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal.

O art. 58 fixava a competência da Corte de Justiça em dimensões que não se comparavam àquelas do art. 164 da Carta do Império.

Na área da competência originária e privativa, o legislador inseriu a atribuição de processar e julgar:

- a) o Presidente da República, os Ministros de Estado e os Ministros diplomáticos, respectivamente, nos crimes comuns, nos crimes de responsabilidade, e nos crimes comuns e de responsabilidade;
- b) os pleitos entre a União e os Estados ou dos Estados entre si;
- c) os litígios e reclamações entre as Nações estrangeiras e a União ou os Estados.

A competência recursal encampava:

- a) o julgamento dos recursos impetrados das decisões dos Juizes e Tribunais Federais e dos Juizes ou Tribunais dos Estados – destes, quanto a *habeas corpus* ou espólio de estrangeiros, caso a espécie não estivesse prevista em convenção ou tratado (arts. 58, II, e 60);
- b) a revisão, na forma da lei, dos processos findos em matéria crime (arts. 58, III, e 78).

Ainda o art. 58 (inciso III) previa recurso ao Supremo das sentenças da Justiça dos Estados, em última instância, quando a decisão fosse contrária à validade ou à aplicabilidade de tratados ou leis federais, em causas em que se questionasse sobre se tais atos seriam válidos ou aplicáveis; ou, quando, contestada a validade de leis ou atos dos Governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, o Tribunal estadual considerasse válidos os atos ou leis impugnados.

Instituiu-se, assim, já na Constituição Provisória da República a competência maior do Tribunal Supremo, qual seja a de velar e zelar pela observância dos princípios básicos sobre os quais se assenta a estrutura do Estado. A competência que o constitucionalista pátrio adotou por inspiração do Direito Público americano tornou-se uma constante nas Cartas constitucionais brasileiras e adquiriu maior amplitude, na proporção do aperfeiçoamento do instituto.

(*) Eram elegíveis para o Senado, na forma da Carta expedida com o Decreto nº 510, de 22-6-1890, os cidadãos maiores de 35 anos (art. 29) que estivessem na posse dos "direitos de eleitor" (art. 26, 1º) e tivessem mais de nove anos de "cidadão brasileiro" (art. 25, 2º).

A Carta Provisória supra-aludida, dada a público no Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, foi depois substituída pelo texto publicado com o Decreto nº 914-A, de 23 de outubro de 1890. E essa última Lei, no tocante ao Poder Judiciário, apresentou, comparada ao texto anterior, uma modificação pertinente ao Supremo Tribunal Federal: reformulando, o art. 55 passou a estabelecer que os Juizes do Supremo Tribunal Federal seriam nomeados pelo Presidente da República dentre os cidadãos de notável saber e reputação elegíveis para o Senado. Eliminava-se a perspectiva de os juizes federais subirem ao Supremo em razão da antigüidade.

Entre 22 de junho e 23 de outubro de 1890, depois da expedição do primeiro e antes da publicação do segundo texto da Constituição Provisória, o Governo legislou com vistas à organização da Justiça Federal, produzindo o Decreto nº 848, datado de 11 de outubro daquele mesmo ano.

O Decreto nº 848, de 1890, não se afastou do esquema traçado pela Carta expedida com o Decreto nº 510, de 22 de junho. Os capítulos II e III desse ato (arts. 5º a 12) fixaram o local da sede do Supremo Tribunal Federal, a composição da Corte, o critério de escolha de seus membros, o *quorum* para o funcionamento da Casa e sua competência, a eleição e a duração do mandato dos respectivos Presidente e Vice-Presidente e a competência do Presidente.

Anote-se, com relação à escolha dos juizes do Supremo Tribunal, que o citado Decreto possibilitou fossem escolhidos dentre os juizes seccionais ou dentre os cidadãos de notável saber e reputação que possuíssem as condições de elegibilidade para o Senado (art. 5º). E estabeleceu proibição no sentido de que parentes consanguíneos ou afins, na linha ascendente e descendente e na colateral até ao segundo grau, fossem, ao mesmo tempo, membros da Corte.

Um mês e um dia após a expedição do Decreto nº 848, eram nomeados os primeiros 15 ministros do Tribunal, (*) nos termos de decreto de 12 de novembro.

O Congresso Constituinte já encontrou, dessa forma, a organização judiciária federal em pleno vigor. Obra do grande estadista que foi Campos Salles.

A urgência da matéria levou-o a adiantar-se ao Congresso, ao invés de aguardar-lhe a instalação e submeter-lhe o magno problema.

Ele próprio o explica (59):

“A proximidade da instalação do Congresso constituinte — ponderava o Sr. Campos Salles —, que poderia parecer em outras circunstâncias um plausível motivo de adiamento, a fim de que lhe fosse submetido o exame de uma questão de tal magnitude, torna-se, entretanto, nesta situação que é profundamente anormal, uma poderosa razão de urgência a aconselhar a adoção desta medida. O principal, senão o único

(*) Visconde de Sabará, Conselheiros João Antonio de Araujo Freitas Henriques, Tristão de Alencar Araripe, João José de Andrade Pinto, Olegário Herculano d'Aquino e Castro, Joaquim Francisco de Faria, Ignácio José de Mendonça Uchôa, Luiz Corrêa de Queiroz Barros, Antônio de Souza Mendes, Ovídio Fernandes Trigo de Loureiro, Joaquim da Costa Barradas, Barão de Sobral, Desembargador Barão de Lucena, Juiz de Direito Joaquim de Toledo Piza e Almeida, Desembargador Barão de Pereira Franco.

intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste, sem dúvida, em colocar o poder público dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta se, adotando a Constituição e elegendo os depositários do Poder Executivo, não estivesse, todavia, previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitivo constituídos os três principais órgãos da soberania nacional... Mas o que principalmente deve caracterizar a necessidade da imediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderância, que ela se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social."

Instalada a Constituinte, o Governo Provisório empenhou-se de corpo e alma na defesa do sistema já implantado e que seu Projeto de Constituição espelhava com todas as letras.

Defendeu-o e conseguiu-lhe a vitória, a despeito da resistência que enfrentou dentro do Congresso a partir da Comissão dos vinte e um, onde já se apresentava emenda substitutiva ao art. 54 e seguintes do Projeto pertinentes ao Poder Judiciário.

Essa emenda foi, inclusive, aprovada na Comissão, em sessão de 5 de dezembro de 1890 ⁽⁶⁰⁾ (9 votos contra 8 dos 19 membros presentes, registradas duas abstenções), mas sofreu rejeição quando discutido e votado o parecer correspondente (13 votos contra 7, presentes 20 membros).

No tocante ao Supremo Tribunal, a emenda rejeitada sugeria as modificações abaixo transcritas, na conformidade do voto em separado assinado em 8 de dezembro de 1890 por José Hygino, V. Damazio, A. Cavalcanti, Casimiro Júnior, Manoel F. Machado ⁽⁶¹⁾:

"... O Supremo Tribunal Federal, além das funções declaradas na Constituição, terá também as do tribunal de Cassação, e compor-se-á: 1º, de tantos membros quantos forem os tribunais de apelação dos Estados, sendo cada um deles tirado de um desses tribunais por ordem de antiguidade; 2º, de mais um terço de juizes nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, dentre os cidadãos que tiverem os requisitos de idoneidade exigidos por lei federal.

A competência desse tribunal para decidir conflitos e questões de ordem constitucional e administrativa justifica o modo de sua formação com um terço de juizes que não se tenham exclusivamente aplicado ao estudo do Direito Privado."

Não só essa emenda da Comissão, como todas as outras apresentadas à matéria do Poder Judiciário, foram rejeitadas pelo mesmo órgão, à exceção de duas. Salvaram-se, apenas, aquelas dirigidas ao art. 58: uma, que incluía entre os itens da competência originária e privativa do Supremo a atribuição de processar e julgar "os pleitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros"; outra, que sugeria a supressão da alínea *d* do item I do mesmo art. 58, pela qual competia ao Tribunal processar e julgar originária e privativamente "os litígios e reclamações entre Nações estrangeiras e a União e os Estados". Assim mesmo, a primeira emenda citada propôs, simplesmente, a substituição do vocábulo "pleito" pela expressão "causas e conflitos". E a segunda seria mais tarde rejeitada em Plenário ⁽⁶²⁾.

A discussão do Projeto pela Constituinte também não logrou introduzir modificações essenciais na organização judiciária do Governo Provisório.

Os Anais do Congresso publicam dois quadros demonstrativos: um, confrontando o Projeto de Constituição com a redação da matéria para a segunda discussão; outro, comparando a redação aprovada em segunda discussão com as emendas que, então, lhe foram sugeridas. A observação desse trabalho leva à conclusão de que muito pouco se conseguiu alterar ⁽⁶³⁾, na área a que nos referimos, a cada etapa da tramitação da propositura.

A observação, entretanto, não implica em que se conclua no sentido de ter a proposição tramitado sem os obstáculos de uma severa oposição.

Uma leitura superficial dos Anais deixa evidente a resistência oposta, no Congresso Constituinte, à organização judiciária construída por Campos Salles.

Ainda na primeira discussão da matéria, Tavares Bastos declarava estar certo de que seriam vão os esforços tendentes a dotar o País de “uma organização judiciária na altura de seu progresso”. Porque acrescentava ⁽⁶⁴⁾:

“... está determinado que a organização judiciária que teremos há de ser a que está no Projeto de Constituição, confeccionado pelo Sr. Ministro da Justiça.”

A referida organização o parlamentar considerou *sui generis*, após indagar de onde a teria trazido o Ministro da Justiça, para implantar no País.

Quanto ao Supremo Tribunal, Tavares Bastos o idealizava composto de 24 membros: 21, tirados, por antiguidade, de cada Relação dos 21 Estados; e três, nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado.

Gonçalves Chaves defendeu um Supremo Tribunal Federal cujos membros, em número de 15, seriam tirados, dois terços, dos magistrados federais mais antigos, e um terço, nomeado na forma do art. 47, nº 11, do projeto, dentre os cidadãos de notável saber e reputação elegíveis para o Senado ⁽⁶⁵⁾.

José Hygino, que confessou não aceitar “senão sob benefício de inventário” as vantagens prometidas pelos defensores do Projeto, resultantes da descentralização da Justiça, referindo-se à composição do Supremo e à forma de escolha de seus membros, disse ⁽⁶⁶⁾:

“O Supremo Tribunal Federal, constituído como juiz supremo das constituições e das leis dos Estados e ainda da constitucionalidade das leis federais, chamado a julgar os ministros e o próprio Presidente da República, é a chave da abóbada do novo edifício político. O enorme poder desse Tribunal será a salvaguarda ou a perda da República.

Entretanto como o projeto o constitui?

Compor-se-á de 15 juizes tirados dentre cidadãos que tenham 35 anos de idade e 6 de residência no país, e sejam pessoas de notável saber.

Assim o Presidente da República, chefe talvez de um partido e sectário do princípio em voga nos Estados Unidos de que os despojos per-

tencem ao vencedor — *for the victors spoils*, — poderá compor aquele Tribunal com criaturas suas e lançar a sua espada de Brenno na balança dos poderes públicos.

A emenda substitutiva, (*) Sr. Presidente, tem mais em atenção a nossa situação, e consulta melhor os nossos interesses, segundo me parece, do que o projeto, cujo merecimento está em ser cópia de uma Constituição estrangeira.

O pensamento que presidiu à organização do Supremo Tribunal Federal, como propõe a emenda, é incontestavelmente superior ao do projeto.

Esse tribunal compor-se-á, além de um certo número de juizes tirados dentre os cidadãos que tenham os requisitos legais, de tantos juizes quantos forem os tribunais superiores dos Estados, dando cada um deles um dos seus membros.

A presença no Supremo Tribunal de juizes tirados dos Tribunais Superiores dos Estados não é uma séria garantia para estes e ao mesmo tempo um penhor da idoneidade e experiência dos membros do mais elevado tribunal da República?"

Guerra, sem tréguas, moveu, igualmente, ao Projeto o Deputado Amphilophio B. Freire de Carvalho, batendo-se pelo sistema de unidade judiciária.

Leia-se a conclusão do discurso pronunciado na sessão de 2 de janeiro de 1891, onde o enfoque da crítica apanha, especialmente, o Supremo Tribunal (67):

"... esta reforma este híbrido sistema de organização judiciária, além dos males que há de trazer ao país, anarquizando a justiça, será um fermento de desorganização política, um agente de dissolução do governo federativo, que temos em vista constituir.

Essa justiça federal, em que o nobre Ministro deposita tantas esperanças, vai ser uma justiça constituída arbitrariamente, discricionariamente, pelo Chefe do Poder Executivo, já que, para seus juizes não se exigem condições reais, positivas, da necessária idoneidade.

Será juiz do Supremo Tribunal Federal quem o Presidente da República quiser que o seja, uma vez que tenha 35 anos de idade e um notável saber, que não se fará conhecer por sinais externos, ao alcance da crítica da opinião.

Os juizes seccionais, investidos de grande poder e latas atribuições, serão tirados dos bacharéis em Direito, que tiverem quatro anos de prática como advogados, condição única do seu saber, da sua experiência, da sua vocação, da sua idoneidade, em suma, para tão importante cargo; e essa mesma condição há de ser sofismada, na prática do sistema, como fora sempre, no antigo regime, aquela outra,

(*) Refere-se o orador ao Substitutivo do Deputado Amphilophio Botelho Freire de Carvalho (art. 2º). *Anais da Constituinte*, vol. 2, pág. 44.

da mesma natureza, que se exigia para a nomeação dos juizes municipais.

O Supremo Tribunal terá quinze juizes apenas, quando vinte são, por ora, os estados, e ao julgamento desse tribunal, que em si concentra a maior soma do poder político da nova forma de governo, porque tem a faculdade de corrigir os erros do Executivo e Legislativo, firmando a inteligência da lei constitucional, e que é o tribunal que há de julgar o Presidente da República nos crimes comuns, a esse tribunal, a seu julgamento exclusivo, meus senhores, vão ser deferidas todas as questões que mais interessam à vida autônoma dos Estados, sua independência e futuro; as questões entre Estados, as questões entre Estados e a União, a validade das leis dos Parlamentos dos Estados, a manutenção dos atos de seus governos.

E como um tal tribunal há de ser constituído pelo arbítrio do Presidente da República, para ele só serão nomeados indivíduos tirados dos Estados maiores e mais populosos, que são aqueles que mais terão de concorrer para a eleição daquele funcionário, por disporem de maior número de eleitores; de sorte que esses Estados, os grandes, os poderosos, os mais populosos, vão constituir-se os tutores dos pequenos e fracos e ao mesmo tempo os árbitros dos futuros destinos da Pátria, em um regime que se chamará de federação! Singular federação!”

Em suma, a organização judiciária do Projeto foi intensamente combatida pelo Congresso Constituinte, sendo-lhe oferecidos diversos substitutivos, tais como o de Amphilophio Botelho Freire de Carvalho, o de Cassiano Cândido Tavares Bastos e o de Leovegildo Filgueiras⁽⁶⁸⁾. Mas o Governo teve o apoio suficiente da Assembléia para fazer valer o esquema já implantado no País.

Contou, por exemplo, com a convicção de Augusto de Freitas, que defendeu as idéias governamentais sempre no mesmo diapasão. Leia-se a defesa da escolha dos Juizes do Supremo, tal como a Proposição a recomendava⁽⁶⁹⁾:

“O projeto de organização judiciária, Sr. Presidente, admite no Tribunal Superior juizes, bem como cidadãos estranhos à magistratura; mas deixou ao Chefe da Nação o direito de julgar da erudição daqueles que vão ser investidos de tão nobres funções, fiscalizado o exercício deste direito pelo Senado, em sua sabedoria.

O Poder Executivo tem a faculdade de ir buscar os membros mais distintos da magistratura dos Estados, bem como os mais nobres juriconsultos, que vivem fora dela.

Se receais o patronato, condenais de antemão o Senado, a mais alta corporação política do País, cujo assentimento é necessário, para que se tornem efetivas as nomeações...”

E com a vigorosa sustentação de Campos Salles. O Ministro da Justiça, em longo e fundamentado discurso, defendeu, com segurança, o sistema que construira⁽⁷⁰⁾.

De forma que o mesmo sistema, com modificações que não lhe alteraram a essência, figurou na primeira Carta da República, promulgada a 24 de fevereiro de 1891.

Quatro dias após a promulgação da Constituição de 24 de fevereiro, a 28, instalava-se a Corte Suprema, no velho edifício da Relação, na Rua do Lavradio.

A ata da 1ª Sessão Extraordinária da Casa, realizada naquele dia, apresenta os dados oficiais da solenidade (71):

“1ª Sessão Extraordinária aos 28 de fevereiro de 1891

Presidência interina do Ministro Visconde de Sabará

A 1 hora da tarde, reunidos os Juizes Visconde de Sabará; João Antonio de Araújo Freitas Henriques; Tristão de Alencar Araripe; João José de Andrade Pinto; Olegario Herculano d'Aquino e Castro; Joaquim Francisco de Faria; Ignacio José de Mendonça Uchôa; Luiz Corrêa de Queiroz Barros; Antonio de Souza Mendes; Ovidio Fernandes Trigo de Loureiro; Joaquim da Costa Barradas; Barão de Pereira Franco; Barão de Lucena e Barão de Sobral, ausente apenas o Ministro Piza, o Presidente declarou que inaugurava o Supremo Tribunal Federal, extinto o da Justiça, em virtude do Decreto de 26 do corrente mês que o designou para este fim e em seguida dar posse aos Ministros, tanto os que se conservaram, como os novamente nomeados.

Lidos os referidos decretos pela ordem de suas antiguidades e os achando legais, os Juizes prometeram e juraram “cumprir fielmente os deveres dos seus cargos, manter a Constituição da República e as Leis dos Estados”, e sucessivamente foram ocupando suas respectivas cadeiras. Lavrados, em ato contínuo, num livro especial, os termos de promessa legal, juramento e posse dos ditos Juizes, cada um de per si, foram assinados pelo Presidente, e pelos empossados, pelos Ministros presentes e por mim Secretário.

Antes de se proceder à eleição do futuro Presidente e Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, os Ministros Tristão de Alencar Araripe e Barão de Lucena despediram-se, por não poderem atualmente entrar em exercício no Tribunal, tendo o primeiro em uma alocação expressiva declarado que, com prazer, logo que findassem os seus trabalhos na árdua Comissão fora da Magistratura Judicial, voltaria para o seio deste Tribunal, que no conceito do Presidente, que respondeu em seu nome e no do mesmo Tribunal, era ele uma das mais reconhecidas ilustrações.

O Presidente interino, em observância do supracitado Decreto, o qual determinou que corresse as eleições por escrutínio secreto, mandou recolher numa urna as cédulas primeiramente para a votação e escolha do Presidente. Feito o que, deu esta eleição o seguinte resultado: o Sr. João Antonio de Araújo Freitas Henriques, oito votos; Visconde de Sabará, um voto; Mendonça Uchôa e Faria, do mesmo modo, um

voto para cada um. Fica desta forma proclamado Presidente do Supremo Tribunal Federal o Ministro João Antonio de Araújo Freitas Henriques.

Efetou-se em seguida o processo eleitoral para o cargo de Vice-Presidente deste Tribunal, obtendo da vez primeira os Ministros Olegário Herculano d'Aquino e Castro, 3 votos, Ignácio José de Mendonça Uchôa, 2 votos; Joaquim Francisco de Faria, igual número; Barão de Pereira Franco, idem; João José de Andrade Pinto, 1 voto e bem assim Ovidio Fernandes Trigo de Loureiro.

E como não aparecesse maioria absoluta de votos em qualquer dos Ministros votados, o Presidente interino mandou proceder a novo escrutínio, com o mesmo resultado negativo dentre os 4 mais votados desde que os 3 últimos obtiveram igual número de votos. Apuradas as cédulas, contou-se ao Ministro Aquino e Castro, 4 votos; 3 a cada um dos Ministros, Mendonça Uchôa e Joaquim Francisco de Faria, e 1 voto ao Barão de Pereira Franco.

No terceiro escrutínio, afinal, foi proclamado como Vice-Presidente o Ministro Olegário Herculano d'Aquino e Castro por ter reunido em si, maioria absoluta de votos, divididos os 4 votos restantes, com igualdade, entre os Ministros Mendonça Uchôa e Faria, inutilizada uma cédula em branco.

Antes do Presidente encerrar a Sessão, o Ministro Freitas Henriques, nomeado Presidente do Supremo Tribunal Federal, pedindo a palavra, em frases alevantadas e mui expressivas, próprias do ato, agradeceu comovido a honrosa confiança que em si próprio depositaram os seus colegas, declarando que se esforçaria o mais possível para corresponder sempre a tamanha prova de consideração, mas, que sabia quanto precisava, para o bom desempenho da sua alta judicatura, do auxílio eficaz dos seus amigos e bons colegas, o que solicitava.

Satisfeito assim o duplo fim desta Sessão extraordinária de inauguração do Supremo Tribunal Federal, o Visconde de Sabará, Presidente interino, declarou que a encerrava. *Visconde de Sabará — João Pedreira do Couto Ferraz.*"

Uma ata officiosa contaria algo mais. Falaria da indignação de João Evangelista de Negreiros Sayão Lobato, Visconde de Sabará, diante da eleição de João Antônio de Araújo Freitas Henriques para a presidência do novo Tribunal.

Mas Rodrigo Octávio, em *Minhas memórias dos outros*, preenche os claros do relato oficial, reportando-se à cena que "causou perível impressão nos assistentes".

A cena com os respectivos precedentes, na palavra do escritor (72):

"O Governo desejou que, em vez de Sayão Lobato, fosse o Sr. Freitas Henriques o Presidente do Supremo Tribunal, por circunstâncias, aliás, antes de natureza afetiva do que política, porque nenhum dos

figurões, servidores do regime imperial, havia dado arras do seu amor ao novo regime. Somente, o favorecido com a preferência, homem digno sem dúvida, mas sem maiores títulos para aquela alta função, era amigo de Deodoro e de Lucena, Ministro de Estado que dirigia a política do Governo. E, de acordo com esse desejo, Freitas Henriques ia ser eleito.

O velho Sabará não ocultava seu despeito; mas, apesar de seu temperamento violentíssimo, estava conseguindo dominar-se.

Era o Visconde um belo tipo de velho, de expressivo carão simpático, todo escanhoado, a que adornavam, alviníntes, longos cabelos. Figura de tempos idos.

Assumindo a presidência do novo Tribunal e abrindo a sessão, já era manifesto o seu mau humor. Empossados os demais Ministros e instalado assim o novo Tribunal, dever-se-ia proceder à eleição do Presidente, e justamente ao Visconde, como o de mais idade, cabia a presidência. Recolhidas e contadas as cédulas, começou o Visconde a apurá-las.

Abriu a primeira e leu: — *Freitas Henriques*.

Tomou da segunda, já com a mão tremente, abriu e leu de novo: — *Freitas Henriques*.

Da terceira vez, já quase não pôde pronunciar o nome que lera na cédula, e, daí em diante, num acesso crescente de raiva, com os dentes cerrados, ia abrindo as cédulas e pronunciando uns sons roucos, cada vez menos inteligíveis, até que, chegando à última, nada mais pôde dizer, levantando-se e deixando a cadeira, apoplético e furioso.

O Sr. Freitas Henriques, apesar de não haver sido proclamada sua eleição, tomou então a Presidência e, acentuando que em vista do resultado da votação havia sido eleito Presidente do Tribunal, declarou que assumia as respectivas funções.”

A nomeação dos primeiros Ministros do Supremo Tribunal Federal seria, posteriormente, aprovada pelo Senado da República.

A iniciativa nesse sentido partiu do Senador Amaro Cavalcanti ⁽⁷⁸⁾ que, a 21 de junho de 1891, submeteu à Casa um requerimento propondo se pedisse ao Presidente da República a lista dos Ministros nomeados, a fim de que se desse cumprimento ao preceito do item 12 do art. 48 da Constituição.

Em razão desse requerimento e por indicação de Rui Barbosa, estudou-se e discutiu-se, na Câmara Alta, o acréscimo ao Regimento da Casa de um título com doze artigos, dispondo sobre o processo a ser adotado para a apreciação da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros diplomáticos.

A redação final do novo título foi aprovada, após intensa discussão, a 6 de julho do mesmo ano. A 7 de julho, a Comissão de Justiça deu parecer sobre

as primeiras nomeações para a Corte Suprema, rejeitando o nome do Barão de Lucena e o de Tristão de Alencar Araripe, porque, segundo explicação de Amaro Cavalcanti, vinham abusando “de suas posições políticas e da confiança do Presidente da República, violando acintosa e caprichosamente muitas disposições da Constituição...”.

A despeito do parecer da Comissão de Justiça e do entrecchoque de opiniões em torno da aprovação desses nomes, o Senado acabou cedendo.

Rui Barbosa concorreu para essa tomada de posição, com um voto que concitava a Casa a ceder um pouco, demonstrando a isenção de ânimo que a recomendaria perante o País como uma corporação capaz de sacrificar-lhe algum amor próprio (73).

O Tribunal criado pelo Governo Provisório em 1890, consagrado pela Carta da República e instalado a 28 de fevereiro de 1891, experimentou, no caminho percorrido, em quase um século de existência, um processo de transformações facilmente constatável pela verificação da matéria nos textos constitucionais que se seguiram à Constituição de 1891.

A Carta de 1934, que abandonou a denominação “Supremo Tribunal Federal” para adotar a de “Corte Suprema”, reduziu-lhe o número de membros, de quinze para onze Ministros. Houve por bem, no entanto, o legislador dar ensejo a que esse número, mediante proposta do Tribunal, fosse, por lei, elevado até dezesseis, proibindo-lhe a diminuição (art. 73, § 1º).

Aliás, a Carta, reduzindo o número de Ministros de quinze para onze, assimilava o preceito do art. 1º do Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, baixado pelo Governo da Revolução de 1930. Esse mesmo decreto criara, no Tribunal, as Turmas de cinco Juizes para o julgamento dos feitos que não envolvessem questão constitucional, dispondo que tais Turmas, em tais questões, seriam acrescidas de mais dois Juizes.

Também o legislador de 1934 previu, no art. 73, § 2º, da Carta, a divisão da Corte Suprema, mediante proposta da mesma Corte, em Câmaras ou Turmas.

Modificou também a Constituição de 1934 disposição integrante das Cartas anteriores, ao apresentar, na conformidade do art. 74, exigência no sentido de que os Ministros do Supremo fossem escolhidos dentre brasileiros natos, não só de notável saber, como dantes se exigia, mas de notável saber jurídico. A experiência demonstrara que, sem a referência expressa à necessidade de especialização no campo do Direito, a lei daria azo à escolha de profissionais alheios aos conhecimentos indispensáveis à magistratura. Estabelecera, outrossim, o legislador que o candidato ao Tribunal deveria situar-se na faixa etária compreendida entre 35 e 65 anos, exceto quando magistrado.

Inovava, ainda, a Constituição de 1934, criando um Tribunal Especial composto de nove Juizes (três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três da Câmara dos Deputados) que, presidido pelo Presidente do Tribunal Supremo, tinha, entre outras atribuições, aquela de julgar os Ministros da Corte nos crimes de responsabilidade (art. 58).

A Carta de 1937 voltou a adotar a denominação "Supremo Tribunal Federal" para significar a mais alta Corte de Justiça do País (art. 97). Entre as demais modificações introduzidas em relação aos aspectos supra-anotados, figuram as seguintes: a idade máxima exigida do candidato à Corte de Justiça foi reduzida de 65 para 58 anos (art. 98); os Ministros, nos crimes de responsabilidade, passaram a ser processados e julgados pelo Conselho Federal (art. 100), órgão que substituirá o Senado na composição do Parlamento.

A Constituição de 1946 conservou o número de Ministros do Supremo (11) e previu a elevação desse número através de lei (art. 98). Em 1965, o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro, no seu art. 6º, daria nova redação ao art. 98 supra, para estabelecer que o Supremo se comporia de dezesseis Ministros.

O legislador, na oportunidade da elaboração da Carta, aperfeiçoou, nos termos do art. 99, a disposição correspondente das Leis anteriores, mandando se submetesse ao Senado a escolha do candidato a Ministro do Supremo, seguindo-se a essa apreciação, se aprovada a escolha, a competente nomeação pelo Presidente da República.

O art. 113 da Constituição de 1967, como o art. 98 da Carta de 1946, emendado na forma do art. 6º do Ato Institucional nº 2/65, estabeleceu que, na composição do Supremo, figurariam dezesseis Ministros.

Já a Emenda Constitucional nº 1/69 voltou a prefixar o número de onze membros para o Colegiado. Quanto aos demais aspectos enfocados, guardou seu texto original sem modificá-lo, nem ao da Carta de 1946, exceto sob o aspecto técnico-legislativo, uma vez que eliminou da Seção correspondente ao Supremo Tribunal (Seção II, Capítulo VIII, Título I) o dispositivo que concede à Câmara Alta processar e julgar os Ministros da Corte, para integrá-lo à matéria relacionada com a competência privativa do Senado (art. 44, II).

Alterações de maior significação operaram-se nas diretrizes legais fixadoras da competência do Tribunal Supremo a contar de 1891.

Menos de cinco anos após a promulgação da Carta da República, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 — nascida, como o Decreto nº 848, de 1890, por iniciativa de Campos Salles —, somou às atribuições da Alta Corte as seguintes, abaixo resumidas:

- a) processar e julgar originária e privativamente seus membros nos crimes comuns, os juizes federais inferiores e substitutos e suplentes, nos crimes de responsabilidade;
- b) processar e julgar, também originária e privativamente, as reclamações de antiguidade dos juizes federais;
- c) julgar em última instância os recursos de qualificação de jurados federais, interpostos dos despachos dos juizes seccionais sobre reclamações de inclusão e exclusão; os recursos e apelações dos despachos e sentenças do juiz seccional em processos de responsabilidade dos Procuradores da República, dos ajudantes e solicitadores;

- d) proceder à revisão anual da lista de antigüidade dos juizes federais;
- e) censurar ou advertir nas sentenças os mesmos juizes e multá-los ou condená-los nas custas, conforme disposições então vigentes.

Além destas, outras atribuições lhe foram afetas, relacionadas: com a ação pública federal, prescrita para a hipótese de descoberta nos autos ou papéis que houvesse de conhecer, de crime de responsabilidade ou crime comum; com o exame de sanidade dos juizes federais que se revelassem inábeis para o serviço da judicatura em consequência de enfermidade ou de idade avançada (art. 22 da Lei nº 221/1894).

Acréscimo de maior relevância operou a lei citada por força do art. 23, que atribuiu competência ao Supremo,

“... para conceder originariamente a ordem de *habeas corpus* quando o constrangimento ou a ameaça deste proceder de autoridade, cujos atos estejam sujeitos à jurisdição do tribunal, ou for exercido contra juiz ou funcionário federal, ou quando tratar-se de crimes sujeitos à jurisdição federal, ou ainda no caso de iminente perigo de consumar-se a violência, antes de outro tribunal ou juiz poder tomar conhecimento da espécie em primeira instância...”

Possibilitou, ainda, a mesma lei, nos termos do parágrafo único do citado art. 23, a interposição, diretamente, para o Supremo Tribunal Federal, do recurso da decisão do juiz de primeira instância, denegatória da ordem de *habeas corpus*, independentemente de decisões de juiz ou tribunais de segunda instância.

As emendas à Carta de 1891 deram continuidade ao movimento de expansão do campo da competência da Corte Suprema.

O art. 59 emendado, que situou as atribuições da Corte, de forma expressa, na área da competência da Justiça Federal, atribuiu-lhe julgar, em grau de recurso, as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunais federais. E o art. 60 prescreveu recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças das justiças dos Estados em última instância, não só nos casos previstos pelo art. 59 do texto original, § 1º, alíneas *a* e *b*, como nas hipóteses seguintes:

- a) quando dois ou mais tribunais locais interpretassem de modo diferente a mesma lei federal;
- b) quando se tratasse de questões de direito criminal ou civil internacional.

Novas e numerosas modificações se processaram na mesma área, através das Constituições subseqüentes à Carta da República.

Para oferecer uma visão gradual e mais objetiva dessas modificações, confrontamos as disposições referentes à matéria constantes: *a*) das Cartas de 1934 e 1946; *b*) da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1/69 acrescida das emendas posteriores. Entre os dois quadros comparativos, situaremos as referências à Carta de 1937.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946	CONSTITUIÇÃO DE 16 DE JULHO DE 1934
Art. 101 — Ao Supremo Tribunal Federal compete:	Art. 76 — A Corte Suprema compete:
I — processar e julgar originariamente:	1) processar e julgar originariamente:
<p>a) o Presidente da República nos crimes comuns;</p> <p>b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;</p>	<p>a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns;</p>
<p>c) os Ministros de Estado, os juizes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92;</p> <p>EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16/65</p> <p>Art. 2.º — As alíneas c, . . . do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:</p> <p>“c) os Ministros de Estado, os juizes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais de Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92;”</p>	<p>b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os juizes dos tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do § 1º do art. 61.</p>
	<p>c) os juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade;</p>
<p>d) os litígios entre Estados estrangeiros e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios;</p>	<p>e) os litígios entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados;</p>
<p>e) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes;</p>	<p>d) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes;</p>

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946	CONSTITUIÇÃO DE 16 DE JULHO de 1934
<p>f) os conflitos de jurisdição entre juizes ou tribunais federais de justiças diversas, entre quaisquer juizes ou tribunais federais e os dos Estados, e entre juizes ou tribunais de Estados diferentes, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios.</p> <p>EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16/65</p> <p>Art. 2.º — As alíneas ... f ... do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:</p> <p>“f) os conflitos de jurisdição entre juizes ou tribunais federais de justiças diversas; entre quaisquer juizes ou tribunais federais e os dos Estados, entre juizes federais subordinados a tribunal diferente; entre juizes ou tribunais de Estados diversos, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios;”</p>	<p>f) os conflitos de jurisdição entre juizes ou tribunais federais, entre estes e os Estados e entre juizes e tribunais de Estados diferentes, incluídos, nas duas últimas hipóteses, os do Distrito Federal e os dos Territórios;</p>
<p>g) a extradição dos criminosos requisitada por Estados estrangeiros e a homologação das sentenças estrangeiras;</p> <p>h) o <i>habeas corpus</i>, quando o coator ou paciente for tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e quando houver perigo de se consumir a violência, antes que outro juiz ou tribunal possa conhecer do pedido;</p>	<p>g) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação de sentenças estrangeiras.</p> <p>h) o <i>habeas-corpus</i>, quando for paciente, ou coator, tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição da Corte; ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda, se houver perigo de se consumir a violência antes que outro juiz ou tribunal possa conhecer do pedido;</p>
<p>i) os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, da Mesa da Câmara ou do Senado e do Presidente do próprio Supremo Tribunal Federal.</p> <p>EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16/65</p> <p>Art. 2.º — As alíneas ... i ... do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:</p> <p>“i) os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, do Senado e da Câmara dos Deputados ou das respectivas Mesas, do próprio Supremo Tribunal Federal, de suas Turmas ou de seu Presidente, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas e dos Tribunais Federais de última instância (art. 106, art. 109, I, e art. 122, 1);”</p>	<p>i) o mandado de segurança contra atos do Presidente da República ou de Ministro de Estado;</p>

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946	CONSTITUIÇÃO DE 16 DE JULHO de 1934
	f) a execução das sentenças contra causas da sua competência originária com a faculdade de delegar atos do processo a juiz inferior.
<p>Art. 101 — II — Julgar em recurso ordinário:</p> <p>.....</p> <p>c) os crimes políticos.</p>	
<p>EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16/65</p> <p>Art. 2.º — As alíneas ... e k do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação:</p> <p>“k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”</p>	
<p>Art. 101 — I — k) as ações rescisórias de seus acórdãos;</p> <p>Art. 101 — IV — rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos.</p> <p>EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16/65</p> <p>Art. 3.º — Ao art. 101, inciso I, é acrescentada a seguinte alínea:</p> <p>“l) as ações rescisórias de seus acórdãos e dos acórdãos das Turmas.”</p>	<p>2) julgar:</p> <p>I — as ações rescisórias dos seus acórdãos;</p>
<p>Art. 101 — I — j) a execução das sentenças, nas causas da sua competência originária, sendo facultada a delegação de atos processuais a juiz inferior ou a outro Tribunal;</p>	
<p>II — julgar em recurso ordinário:</p> <p>b) as causas decididas por juizes locais, fundadas em tratados ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País;</p> <p>EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16/65</p> <p>Art. 4.º — A alínea b do art. 101, inciso II, passa a ter a seguinte redação:</p> <p>“b) as causas em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País.”</p>	<p>II — em recurso ordinário:</p>

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS
UNIDOS DO BRASIL DE 1946

CONSTITUIÇÃO DE 16 DE JULHO
de 1934

c) os crimes políticos:

Art. 101 — II — a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;

a) as causas, inclusive mandados de segurança, decididas por juizes e tribunais federais, sem prejuízo do disposto nos arts. 78 e 79;

c) as decisões de última ou única instância das justiças locais e as de juizes e tribunais federais, denegatórias de *habeas corpus*.

b) as questões resolvidas pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, no caso do art. 83, § 1.º;

Art. 101 — III — julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes:

III — em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios ou entre um destes tribunais e a Corte Suprema ou outro tribunal federal;

3) rever, em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa.

Parágrafo único. Nos casos do n.º 2, III, letra d, o recurso poderá também ser interposto pelo presidente de qualquer dos tribunais ou pelo Ministério Público.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946	CONSTITUIÇÃO DE 16 DE JULHO de 1934
<p style="text-align: center;">ATO INSTITUCIONAL Nº 2/65</p> <p>Art. 6.º — Os arts. ... 98, ... da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:</p> <p style="padding-left: 2em;">“Art. 98 — ...</p> <p style="padding-left: 2em;">Parágrafo único — O Tribunal funcionará em plenário e dividido em três turmas de cinco Ministros cada uma.”</p> <p style="text-align: center;">EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16/65</p> <p>Art. 5.º — Ao art. 101 são acrescentados os seguintes parágrafos:</p> <p>“§ 1º — Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) das causas de competência originária de que trata o inciso I, com exceção das previstas na alínea h, a menos que se trate de medida requerida contra ato do Presidente da República, dos Ministros de Estado, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio Supremo Tribunal Federal; b) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas turmas; c) de recursos interpostos de decisões das turmas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal; d) dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, c); e) das revisões criminais (inciso IV); f) dos recursos que as turmas decidirem submeter ao plenário do tribunal. <p>§ 2.º — Incumbe às turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos I, h (com a ressalva prevista na alínea a do parágrafo anterior), II, a e b, e III, deste artigo e distribuídas na forma da lei.”</p>	<p style="text-align: center;">(art. 73)</p> <p>§ 2º — Também, sob proposta da Corte Supremo, poderá a lei dividi-la em câmaras ou turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o tribunal pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.</p>
<p>Art. 102 — Com recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal, é da competência do seu Presidente conceder <i>exequatur</i> a cartas rogatórias de tribunais estrangeiros.</p>	<p>Art. 77 — Compete ao Presidente da Corte Suprema conceder <i>exequatur</i> às cartas rogatórias das justiças estrangeiras.</p>

A Constituição de 1937, em razão do espírito que a animou, reduziu, sensivelmente, a área da competência do Supremo Tribunal.

Naquele texto não figurou a atribuição da Corte para processar e julgar originariamente o Presidente da República. A prerrogativa, e apenas nos crimes de responsabilidade, pois o Presidente não podia ser responsabilizado por crimes comuns, foi conferida ao Conselho Federal, órgão integrante do Parlamento.

Omitiu-se, também, a lei sobre o mandado de segurança. De forma que não poderia atribuir ao Supremo, como o fez a Carta de 1934, processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra atos de Ministro de Estado. A Lei de 1934, por sinal, falava de mandado de segurança contra atos, também, do Presidente da República. Com maior razão, eliminou-se da Carta outorgada o dispositivo correspondente.

Desapareceram, de igual modo, do âmbito da competência do Supremo, as disposições relacionadas com os juizes federais seccionais, (*) desde que a eles o texto constitucional não fez referência. O mesmo se pode dizer a respeito da Justiça Eleitoral, ou seja, do Tribunal Eleitoral, de cujas decisões, nos casos que especifica, a Constituição de 1934 previa recurso para a Suprema Corte (art. 83, § 1º).

Inovação de maior profundidade operou o legislador de 1937 em relação à declaração pelo Tribunal da inconstitucionalidade de lei federal ou estadual ou de atos dos governos locais. Nesse campo, introduziu-se a disposição do parágrafo único do art. 96, que concedeu ao Presidente da República avaliar a importância da lei declarada inconstitucional em face do "bem estar do povo" e do "interesse nacional de alta monta", e submeter, novamente, o ato ao exame do Parlamento. Se este o confirmasse, por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria por não dito o dito do Supremo.

Em seguida ao registro dessa verdadeira *capitis diminutio*, assinalamos uma alteração efetuada em termos de soma: a atribuição concedida à Corte para julgar, em recurso ordinário, as causas em que a União fosse interessada como autora ou ré, assistente ou oponente (art. 101, II, nº 2, a).

(*) Uma lei expedida poucos dias após a outorga da Carta, Lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, tratou da extinção da Justiça Federal.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969	CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967
Art. 119 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:	Art. 114 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:
I — processar e julgar originariamente:	I — processar e julgar originariamente:
a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República;	a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República;
b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no item I do art. 42, os membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Vide alínea b do item I do art. 122 — “Competência dos Tribunais Federais de Recursos”.) c) os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios;	b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no final do art. 83, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho e os Membros dos Tribunais de Contas da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente; c) os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
d) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou Territórios ou entre uns e outros, inclusive os respectivos órgãos de administração indireta;	d) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou Territórios, ou entre uns e outros;
e) os conflitos de jurisdição entre Tribunais Federais de categorias diversas e entre Tribunais de Estados e os do Distrito Federal; (Vide art. 122, I, e — “Competência dos Tribunais Federais de Recursos”.) EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977 e) os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado;	e) os conflitos de jurisdição entre juizes ou tribunais federais de categorias diversas; entre quaisquer juizes ou tribunais federais e os dos Estados; entre os juizes federais subordinados a tribunais diferentes; entre juizes ou tribunais de Estados diversos, inclusive os do Distrito Federal e Territórios;
f) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e as administrativas de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre as destes e as da União;	f) os conflitos de atribuições entre autoridade administrativa e judiciária da União ou entre autoridade judiciária de um Estado e a administrativa de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre estas e as da União;

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969	CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967
g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação das sentenças estrangeiras;	g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação das sentenças estrangeiras;
h) o <i>habeas corpus</i> , quando o coator ou o paciente for Tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se tratar de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância;	h) o <i>habeas corpus</i> , quando o coator ou paciente for tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância, bem como se houver perigo de se consumir a violência antes que outro juiz ou tribunal possa conhecer do pedido;
i) os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, bem como os impetrados pela União contra atos de governos estaduais;	i) os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União;
<p align="center">EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> i) os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional da Magistratura, do Tribunal de Contas da União, ou de seus Presidentes, e do Procurador-Geral da República, bem como os impetrados pela União contra atos dos governos estaduais;	
j) a declaração de suspensão de direitos na forma do artigo 154;	j) a declaração de suspensão de direitos políticos, na forma do art. 151;
l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;	l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
<p align="center">EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;	
m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; e	m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;
<p align="center">EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;	

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969	CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967
n) a execução das sentenças, nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atos processuais;	n) a execução das sentenças, nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atos processuais;
<p data-bbox="190 399 579 447">EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> <p data-bbox="161 456 611 675">o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e</p> <p data-bbox="161 685 611 752">p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República;</p>	
II — julgar em recurso ordinário:	II — julgar em recurso ordinário:
a) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no País;	b) as causas em que forem parte um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada ou residente no País;
b) os casos previstos no artigo 129, § 1º e § 2º; e	c) os casos previstos no art. 122, §§ 1º e 2º;
c) os <i>habeas corpus</i> decididos em única ou última instância pelos tribunais federais ou tribunais de justiça dos Estados, se denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido ordinário;	a) os mandados de segurança e os <i>habeas corpus</i> decididos em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;
III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:	III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;	a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;	b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou	c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1999	CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967
<p><i>d)</i> der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.</p>	<p><i>d)</i> der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.</p>
<p>Parágrafo único — As causas a que se refere o item III, alíneas <i>a</i> e <i>d</i>, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.</p> <p>EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> <p>§ 1º — As causas a que se refere o item III, alíneas <i>a</i> e <i>d</i>, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no Regimento Interno que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.</p>	
<p>Art. 120 — O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.</p> <p>(O art. 120, com a mesma redação, por força da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, passou a § 2º do art. 119.)</p>	<p>Art. 115 — O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.</p>
<p>Parágrafo único — O regimento interno estabelecerá:</p> <p>(O parágrafo único do art. 120, com a mesma redação, por força da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, passou a § 3º do art. 119.)</p>	<p>Parágrafo único — O regimento interno estabelecerá:</p>
<p><i>a)</i> a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas <i>a</i>, <i>b</i>, <i>c</i>, <i>d</i>, <i>i</i>, <i>j</i> e <i>l</i> do item I do art. 119, que lhe são privativos;</p>	<p><i>a)</i> a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, I, letras <i>a</i>, <i>b</i>, <i>c</i>, <i>d</i>, <i>i</i>, <i>j</i> e <i>l</i>, que lhe são privativos;</p>
<p>EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> <p><i>a)</i> a competência do Plenário, além dos casos previstos nas alíneas <i>a</i>, <i>b</i>, <i>c</i>, <i>d</i>, <i>i</i>, <i>j</i>, <i>l</i> e <i>o</i> do item I deste artigo, que lhe são privativos;</p> <p><i>b)</i> a composição e a competência das turmas;</p>	<p><i>b)</i> a composição e a competência das turmas;</p>
<p><i>c)</i> o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; e</p>	<p><i>c)</i> o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;</p>

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 DE 1969	CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967
<p>EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> <p>c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal; e</p>	
<p>d) a competência de seu Presidente para conceder <i>exequatur</i> a cartas rogatórias de tribunais estrangeiros.</p> <p>EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7 DE 1977</p> <p>d) a competência de seu Presidente para conceder o <i>exequatur</i> a cartas rogatórias e para homologar sentenças estrangeiras.</p>	<p>d) a competência de seu Presidente para conceder <i>exequatur</i> a cartas rogatórias de tribunais estrangeiros.</p>

As inovações supra-registradas pertinentes ao Supremo Tribunal Federal, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 — emenda promulgada pelo Presidente da República face à decretação do recesso do Congresso, com base no Ato Institucional nº 5, de 13-12-1968 — acrescenta-se a de que é portadora a nova redação do art. 120. Nos termos dessa norma, foi criado o Conselho Nacional da Magistratura composto por Ministros da Suprema Corte, mediante escolha do próprio Tribunal:

“(Emenda Constitucional nº 7, de 1977)”

SEÇÃO III

Do Conselho Nacional da Magistratura

Art. 120 — O Conselho Nacional da Magistratura, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, e por este escolhidos.

§ 1º — Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

§ 2º — Junto ao Conselho funcionará o Procurador-Geral da República.”

XXX

O Supremo Tribunal Federal instituído com a República adquiriu, portanto, novas dimensões no curso da História, por força do exercício das sempre

mais amplas atribuições que a lei lhe conferiu. Cresceu também o Supremo na cultura e no desempenho de seus Ministros e na vivência das dificuldades enfrentadas a partir de 1892.

Em face das diferenças essenciais que guardou em relação ao Supremo Tribunal de Justiça do Império, a nova Corte não lhe poderia aproveitar os alicerces. Natural, assim, que padecesse os percalços, passasse pelo período de adaptação, comum aos primeiros passos de qualquer instituição. Máxime porque, entre os primeiros Ministros da Casa, muitos haviam integrado o Tribunal do Império e impossível seria que de pronto se esvaziassem dos princípios regedores desse Tribunal, da doutrina que o amparava, da vivência que ali tiveram, para, de repente, apreenderem o espírito e o mecanismo da nova instituição.

“For maiores que fossem os títulos e virtudes desses juristas” — observa Aliomar Baleeiro ⁽⁷⁴⁾ —, “eram políticos de mentalidade umbilicalmente vinculada ao passado oposto às instituições novas, das quais talvez não houvessem assimilado a razão de ser”.

A par dessa vinculação ao passado e das dificuldades inerentes ao processo de ajustamento ao próprio esquema e mecanismo, o Tribunal teve que se haver com os grandes problemas suscitados pelas contingências políticas do momento histórico.

O Ministro Oswaldo Trigueiro ⁽⁷⁵⁾ qualifica essa fase do Supremo de “fase romântica e polêmica, em que, à falta de outros remédios, dele se esperava que purificasse a República pelo *habeas corpus*”.

Mas, a verdade é que esse período foi, antes de tudo, extremamente difícil, considerando-se o golpe de estado de 3 de novembro de 1891, o Governo forte de Floriano, a deposição dos Governadores, o conseqüente manifesto dos Generais, o estado de sítio, as medidas dele decorrentes, as manifestações populares, a repressão do Exército, etc.

À violação dos direitos individuais, comum, nessas circunstâncias, teve larga e até exagerada aplicação o remédio do *habeas corpus*.

Foram os *habeas corpus*, escreve Aliomar Baleeiro ⁽⁷⁶⁾, que “encrespam, às vezes, as ondas revoltas na superfície mar azul e bonançoso” da vida do Tribunal.

Sem dúvida, não falou a Corte ao embalo de serenas ondas, quando opinou sobre a deposição do Governo do Maranhão; sobre o *habeas corpus* impetrado em favor de Miguel Arcanjo Camarano e outros acusados de conspiração contra o Governo do Estado de São Paulo; em favor de Eduardo Wandenkolk e mais indivíduos, entre os quais se encontravam Senadores, Deputados, Generais, Marechais, Jornalistas, etc. em razão de terem sido, uns, presos, outros presos e desterrados para Rio Branco, Cucuí e Tabatinga no Estado do Amazonas; em favor dos presos do Vapor Júpiter que, sob o comando do Almirante Wandenkolk e armado em guerra, entrou pela barra do Rio Grande, com a determinação de depor o Governador do Estado. E assim por diante⁽⁷⁷⁾.

Leda Boechat Rodrigues esmiuçou criteriosamente o período da Suprema Corte compreendido entre 1891 e 1910, apresentando fatos, datas, documentos, opiniões, em dois volumes de *História do Supremo Tribunal Federal*.

Dos registros e das observações da autora, emergem as crises por que então passou o Tribunal, ora flagelado pela censura cortante de Rui Barbosa, se lhe negava os pedidos de *habeas corpus* em favor de presos e desterrados políticos; ora pressionado e ameaçado pelo Governo se decidia conceder o remédio.

Assim aconteceu à negação da ordem, no caso dos prisioneiros e desterrados para o Estado do Amazonas, em face dos acontecimentos de 10 de abril de 1891 (manifestações populares dissolvidas pelo Exército, apreensão de armas, etc.) e a subsequente decretação de estado de sítio. Rui Barbosa impetrou o *habeas corpus* em favor de Eduardo Wandenkolk e outros. O Supremo negou a ordem. Rui passou-se, de armas e bagagem, para as páginas de *O País* e virou às avessas as sentenças dos Ministros, à exceção do voto de Joaquim de Toledo Piza e Almeida, que lhe fora favorável, e a quem, no Tribunal, beijara as mãos em sinal de pública reverência.

Além de Rui, figuras de proa do Legislativo deram também seu veredito sobre o acórdão do Supremo, diante de um projeto apresentado à Câmara dos Deputados visando, não só a aprovação dos atos do Governo relacionados com os acontecimentos de 10 de abril, como a anistia dos cidadãos presos nessa oportunidade.

Leia-se o pronunciamento feito na Comissão de Constituição, por Eptácio Pessoa e Augusto de Freitas, Deputados da Minoria (78):

“O aresto do STF trazido a esta discussão pela digna Maioria da Comissão, é, no entender dos signatários deste voto — dizem-no com profundo pesar —, antes um desvio das rigorosas normas que devem inspirar o julgamento dos atentados cometidos pelo poder contra a liberdade individual, do que uma sentença, que por sua sabedoria, deva afirmar a doutrina constitucional.”

Em face do *habeas corpus* impetrado, também, por Rui Barbosa, em favor dos presos do Vapor Júpiter, caso, como o anterior, de larga repercussão, por força da palavra do impetrante divulgado pela Imprensa, o Supremo atribuiu-se competência originária para conhecer da matéria, inovando, portanto, nesse campo de suas atribuições, e, a seguir, concedeu a ordem.

Diante da concessão do *habeas corpus*, os presos foram postos em liberdade, ao mesmo tempo em que o Governo, dando contas do fato à Corte, passava a recrimitá-la.

Recriminou-a através do Ministro da Guerra que, oficiando ao Supremo, transmitiu ter o Vice-Presidente da República lamentado a não fundamentação da sentença prolatada no caso, apesar de envolver graves questões de ordem pública, e deduzido do silêncio guardado a respeito dos fatos e razões de convicção, que estavam revogadas disposições do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, e artigos do Código Penal da Armada, considerados em vigor pelo Governo (79).

Nessa oportunidade, os Ministros da fase “romântica” demonstraram quão ciosos eram da autoridade do Colegiado que integravam, a começar do Presidente Freitas Henriques, ao submeter à Casa o expediente ministerial.

A Corte discutiu com indignação o ofício do Ministro da Guerra, e a maior parte das indicações, apresentadas pelos senhores Juizes visando à formulação de uma resposta ao expediente, revelaram o desassombro e o espírito de independência que os animava.

Rezava a indicação de Antônio Joaquim de Macedo Soares — que a Casa rejeitou em face da agressividade do conteúdo, contra o voto do Ministro Joaquim de Toledo Piza e Almeida, além do voto do autor ⁽⁸⁰⁾:

“... O Supremo Tribunal Federal que, no exercício de suas atribuições constitucionais, é tão independente como o Presidente da República, trata convosco de igual para igual; não recebe instruções dos vossos secretários; não admite censura oficial das suas decisões, e devolve ao vosso Ministro o seu ofício, confiando que lhe façais sentir a inconveniência do seu procedimento, e, crendo, como creê, que não o autorizastes...”

José Hygino Duarte Pereira propôs, com a aquiescência dos Ministros Ferreira de Resende, Bento Lisboa, Barros Pimentel, Piza e Almeida, Pereira Franco e Freitas Henriques, a inserção em ata da seguinte declaração ⁽⁸¹⁾:

“Não cabendo ao Poder Executivo fixar a competência dos tribunais, dar-lhes instruções, ou determinar a jurisprudência que devem seguir, a não ser pela forma regulamentar, e em virtude de execução de lei, o Supremo Tribunal Federal resolve não tomar conhecimento da matéria do ofício, que em 10 do corrente lhe foi dirigido pelo ajudante-general do Exército, em nome do Vice-Presidente da República, visto como o mesmo ofício não é compatível com os princípios constitucionais, que devem dominar as relações entre o Poder Executivo e o Judiciário.”

Alguns tópicos da indicação do Ministro Olegário Herculano de Aquino e Castro ⁽⁸²⁾:

“... O Supremo Tribunal está bem convencido de que não esteve na intenção do Governo, em um documento oficial, irrogar censura ao mesmo Tribunal sobre o modo por que este entendeu dever cumprir o seu dever, dando à lei na espécie sujeita a seu exame, a aplicação que teve por mais acertada. Faltaria ao Governo competência para tanto, e seria, demais, desconhecer que da harmonia e recíproco respeito dos poderes públicos, independentes entre si, resulta a indispensável eficácia da força, de que são por lei revestidos para que possam, no exercício de suas respectivas funções, atender devidamente aos graves interesses e múltiplos serviços da justiça e da administração.

... O acórdão do Supremo Tribunal ... foi, é certo, breve e categórico, como costumam ser as decisões judiciárias, sobretudo quando a questão de que se trata é de fácil apreciação em vista da lei; mas, ainda assim, foi dito quanto basta para que se tornem conhecidos os motivos porque ao mesmo Tribunal pareceu que, na hipótese, não competia à jurisdi-

ção militar conhecer dos crimes atribuídos aos pacientes, e a que se referiam as informações e documentos que foram apresentados.

A verdade é que o Supremo Tribunal não declarou inexistente ou inconstitucional lei alguma, nem inaplicável a disposição do Código, como aliás o poderia fazer, em virtude das atribuições que lhe são conferidas pela própria Constituição, e nos termos previstos na lei de sua organização, simplesmente interpretou, como era de sua competência, e aplicou, como teve por acertado, as disposições atinentes ao caso sujeito à sua apreciação, e neste sentido é força reconhecer que a sua autoridade é irrecusável . . .”

Após debater as indicações, o Tribunal decidiu não tomar conhecimento do conteúdo do ofício do Ministro da Guerra, optando, por conseguinte, pela indicação do Ministro José Hygino Duarte Pereira, supratranscrita (sessão de 19 de agosto de 1893).

Outros pedidos de *habeas corpus* se seguiram, uns julgados sob pressão, como aquele novamente impetrado por Rui Barbosa em favor do Almirante Wandenkolk e outros a que o Supremo denegou a ordem; outros concedidos e não cumpridos, como vários *habeas corpus* impetrados em razão da deportação de estrangeiros, todos em 1894.

Nessa primeira fase de coerção, o Supremo sofreu também o desfalque de seus membros que se aposentavam sem que o Governo lhes desse substituto. Em 1894, havia no Tribunal quatro cadeiras vagas, inclusive a do Presidente, afóra as licenças concedidas na forma da lei (*). De modo que a falta de número determinou a não realização de sessões por dias e até meses (83).

Sob Prudente de Moraes, o atentado sofrido pelo Presidente, a 5 de outubro de 1897, as desordens que se verificaram no Rio de Janeiro em razão do acontecimento, o estado de sítio concedido pelo Congresso e decretado pelo Governo trouxeram novos dissabores ao Supremo que concedeu a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor dos implicados na conspiração.

Contra o Tribunal voltou-se não só a Imprensa governista, como o próprio Chefe da Nação que chegou a criticá-lo na Mensagem presidencial ao Congresso, de 3 de maio de 1898.

Essa manifestação do Presidente da República provocou um protesto dos Ministros da Suprema Corte, animado pelo mesmo espírito dos protestos anteriores, lançados sempre que se procurou atingir a independência da instituição (84).

Com a estabilização do regime e a injeção de sangue novo recebido pelo Colegiado, através da nomeação de novos Ministros (*) em substituição aos que se iam aposentando, o Tribunal conheceu novos tempos. Escreve Aliomar Baleeiro que esses integrantes da geração republicana “tomaram em mãos com

(*) Segundo observação de Aliomar Baleeiro (*O Supremo Tribunal Federal esse outro desconhecido*, pág. 26), até 1912, o Supremo não tinha autoridade para conceder licença aos seus próprios Ministros que deviam pedi-la ao Congresso.

denodo o poder de revisão judicial das leis, conferindo-as com a Constituição e declarando-as inconstitucionais, se contrárias a ela” (85).

Nem por isso deixou o Supremo de sofrer seus reveses com o correr do tempo.

Em 1911, o Governo negou-se a cumprir a ordem de *habeas corpus* requerida por Intendentes do Conselho Municipal do então Distrito Federal que se diziam eleitos, proclamados, reconhecidos e empossados, enquanto se viam ilegalmente constrangidos, em face do ato do Presidente da República (Decreto nº 8.500, de 4-1-1911), que dissolvera o Conselho e marcara novas eleições para a constituição de um novo Conselho Municipal (86).

O mesmo aconteceu em 1923, diante da ordem de *habeas corpus* concedida pela Corte, em dezembro de 1922, a Raul Fernandes e Artur Costa, para que tomassem posse e assumissem os cargos de Presidente e Vice-Presidente do Estado do Rio de Janeiro (87).

Em 1924, se verificaria a crise da *Revista do Supremo Tribunal Federal*, em razão dos favores concedidos ao periódico e dos abusos praticados por empresas particulares contratadas para a publicação dos acórdãos da Corte (88). Presidido, então, por Hermínio Francisco do Espírito Santo — vergado ao peso dos seus 83 anos e da enfermidade “visível aos olhos de toda gente”, conforme expressões do Ministro Hermenegildo Barros (89) —, o Tribunal enfrentou críticas acerbas, provenientes do Legislativo, do Executivo e da opinião pública por intermédio da Imprensa.

A reforma constitucional de 1926 aprovada em dissonância com o art. 90, § 2º, da Carta de 1891 e cuja inconstitucionalidade foi argüida no *habeas corpus* nº 18.178, julgado a 1º de outubro daquele ano, acarretou críticas ao Supremo que concluiu pela improcedência do pedido. O Deputado José Seabra Fagundes, por exemplo, descobriu na decisão da Corte a maior fraqueza do Tribunal. Esse veredito enfrentou a defesa de Edmundo Muniz Barreto que, à época do *habeas corpus*, era Ministro do Supremo e funcionou como relator da matéria (90).

Por sinal que Edmundo Muniz Barreto foi um dos seis Ministros aposentados pela Revolução de 1930 (*) — outro revés a marcar a história da Corte. Cometeram os Juizes “o grave pecado de aplicar a lei, quando a “Coluna Prestes”, num feito militar, aliás notável, desafiava durante dois anos todo o Exército e as milícias estaduais do Rio Grande do Sul ao Ceará e da Bahia a Mato Grosso, penetrando por vezes em território estrangeiro”, relata Aliomar Baleeiro (91).

Assim como nos demais momentos revolucionários da História do País, o Supremo Tribunal Federal viveu também o impacto do movimento de 1964, em face, especialmente, dos Atos Institucionais n.ºs 2, 5 e 6: o primeiro res-

(*) Em 1901, entraram para o Supremo: Alberto Torres, Epitácio Pessoa, Amaro Cavalcanti e Pedro Lessa.

(*) Pires de Albuquerque, Edmundo Muniz Barreto, P. Mibielli, Godofredo Cunha, Geminiano França e Pedro Santos.

tringiu-lhe a competência para propor o aumento do número de seus Ministros, estabelecendo, diretamente, que a Corte se comporia de 16 Juizes; o segundo lhe contraiu a área da competência pertinente ao exame do *habeas corpus*, ao suspender a garantia nos casos de crimes políticos, crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; o terceiro, novamente, lhe alterou a composição, reduzindo-lhe a 11 o número de Ministros. Além disso, com base no Ato Institucional nº 5, foram aposentados três titulares da Corte — Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva —, o que levou o Ministro Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa a renunciar à Presidência do Supremo e a pedir aposentadoria.

O professor Oswaldo Trigueiro do Vale publicou uma obra em que situa a Corte Suprema no panorama pós-revolucionário — *O Supremo Tribunal Federal e instabilidade político-institucional* (92). Da documentação ali transcrita, dos fatos narrados e das observações tecidas, emerge, com a mesma força que no Império e nos primeiros anos da República, o espírito independente e altivo da Corte.

Transparece límpido esse espírito das palavras do Ministro Ribeiro da Costa ao Presidente Castello Branco, quando este, numa inequívoca e significativa atitude de apreço, dedicou ao Tribunal sua primeira visita como Chefe da Nação (93):

“A justiça, Eminente Senhor Presidente, quaisquer que sejam as circunstâncias políticas, não toma partido, não é a favor nem contra, não aplaude nem censura. Mantém-se, equidistante, ininfluenciável pelos extremos da paixão política. Permanece estranha aos interesses que ditam os atos excepcionais de governo. Nosso poder de independência há de manter-se impermeável às injunções do momento, e acima de seus objetivos, quaisquer que se apresentem suas possibilidades de desafio às nossas resistências morais.”

E assim permaneceu e permanece o Supremo Tribunal Federal.

Não o Tribunal fraco e omissivo, acusado por João Mangabeira, em 1949, mas a Instituição, na oportunidade, defendida pelo então Procurador-Geral e depois Ministro Luiz Gallotti (94), que

“... soube sempre cumprir a sua alta missão constitucional, impávida e serenamente, mesmo nas horas mais difíceis e de maior perigo, usando, na falta de outra, da sua imensa força moral e jamais desertando ao seu nobre dever de guarda impertérrito da Constituição e das leis.”

O Ministro Pedro Chaves (95), mais realista, admite que o Supremo pode ter errado, síntese que é, escreve ele:

“... do pensamento jurídico e moral, político e social, do povo brasileiro, com todas as virtudes e paixões, defeitos e aspirações desse mesmo povo que é a fonte de sua legitimidade como Poder...”

“Pode ter errado” — conclui o Magistrado seu pensamento —, “pois é um Tribunal de homens; mas julga publicamente e justifica seus julgados.”

NOTAS

- (1) "Organização e distribuição da Justiça no Brasil" (Esboço histórico), in *Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. XLIX, fev. de 1923, págs. 312/313.
- (2) *História do Direito Nacional*, Parte Geral, Época dos antecedentes, Rio de Janeiro, Tipografia da Empresa Democrática Editora, 1895, pág. 206.
- (3) *História do Direito Brasileiro*, Livraria Freitas Bastos S.A., 1952. Tomo II, páginas 194/5.
- (4) *História Geral do Brasil*, Edições Melhoramentos, Tomo II, 5.^a edição integral, pág. 66.
- (5) Vide *op. cit.* acima, nota 2, pág. 207.
- (6) *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, Rio de Janeiro, Serviço Gráfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 1954, Tomo I (1500-1769), pág. 126.
- (7) Vide *op. cit.* acima, nota 1, pág. 323.
- (8) Vide *op. cit.* acima, nota 2, pág. 208.
- (9) *Ibidem*, vide nota de rodapé.
- (10) Alvará de 13 de outubro de 1751, in *op. cit.* acima, nota 1, pág. 324.
- (11) CAMARA, José Gomes B. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, Rio de Janeiro, Livraria Brasileira Editora, 1964, Tomo II, págs. 137, 138 e 142 (nota de rodapé nº 16).
- (12) In *op. cit.* in nota 1, págs. 342/3.
- (13) *Ibidem*, págs. 338/9.
- (14) Vide "Projeto de Constituição para o Império do Brasil", Título IX, Do Poder Judiciário, in *Diário da Assembléia-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, 1823 (Edição fac-similar), Senado Federal, Obra Comemorativa do Sesquicentenário da Instituição Parlamentar, vol. II, pág. 697.
- (15) *Anais da Câmara dos Deputados*, 1826, vol. 4, págs. 57/8.
- (16) "PARECER
A comissão de leis regulamentares é de parecer que o projeto de lei apresentado pelo Sr. Deputado Vasconcellos sobre o estabelecimento do Supremo Tribunal de Justiça, vá imprimir-se, para entrar em discussão quanto antes por sua matéria urgente.
Paço da Câmara dos Deputados, 9 de agosto de 1826. — Assinados os membros da Comissão." (*Ibidem*, pág. 91.)
- (17) Vide *Anais da Câmara dos Deputados*, 1827, sessões de 26, 28 a 30 de maio; 21, 23, 25 e 26 de junho; 12, 13 e 23 de julho; 1º, 2 e 4 de agosto; 5, 6, 13 e 14 de setembro. *Anais do Senado*, de 1828, sessões de 8, 10, 12 a 14, 16, 17, 19 a 23, 28 a 30 de maio; 28 a 29 e 30 de junho; 1º a 5, 7, 11, 12 e 14 de julho.
- (18) *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão de 26-5-1827, pág. 182.
- (19) *Ibidem*, sessão de 23-7-1827, págs. 236/7.
- (20) *Ibidem*, sessão de 23-7-1827, pág. 238.
- (21) *Anais do Senado do Império do Brasil*, Tomo II, sessão de 18 de julho de 1828, pág. 129.
- (22) *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão de 23-7-1827, págs. 236/7.

- (23) *Ibidem*, pág. 237.
- (24) *Ibidem*, sessão de 1º-8-1827, pág. 5.
- (25) *Ibidem*, sessão de 1º-8-1827, pág. 10.
- (26) *Ibidem*, sessão de 1º-8-1827, pág. 11.
- (27) *Ibidem*, pág. 9.
- (28) *Ibidem*, pág. 8.
- (29) *Anais do Senado do Império do Brasil*, Tomo I, sessão de 3-5-1828, pág. 24.
- (30) *Ibidem*, sessão de 9-5-1828, pág. 35.
- (31) *Ibidem*, pág. 36.
- (32) *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão de 25-6-1827, pág. 143.
- (33) *Anais do Senado do Império do Brasil*, Tomo II, sessão de 26-6-1828, pág. 54.
- (34) *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão de 22 de agosto de 1828, pág. 134.
- (35) *Ibidem*, sessão de 27-8-1828, pág. 37.
- (36) Cópia obtida na Coordenação de Arquivo, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, onde se encontra depositado o original do documento.
- (37) O documento original encontra-se depositado na Coordenação de Arquivo do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados.
- (38) **LEI — DE 18 DE SETEMBRO DE 1828**

Cria o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições.

D. Pedro, por Graça de Deus, e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil:

Fazemos saber a todos os nossos súditos que a Assembléa-Geral decretou, e nós queremos a Lei seguinte:

CAPTULO I

Do Presidente e Ministros do Supremo Tribunal de Justiça.

Art. 1º — O Supremo Tribunal de Justiça será composto de dezessete Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o título do Conselho; usarão de beca e capa; terão o tratamento de excelência, e o ordenado de 4:000\$000 sem outro algum emolumento ou propina. E não poderão exercer outro algum emprego, salvo de membro do Poder Legislativo, nem acumular outro algum ordenado. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles, que se houverem de abolir, sem que por isso deixem de continuar no exercício desses Tribunais, enquanto não forem extintos.

Art. 2º — O Imperador elegerá o Presidente, dentre os membros do Tribunal, que servirá pelo tempo de três anos. No impedimento ou falta do Presidente, fará suas vezes o mais antigo e, na concorrência de dois de igual antiguidade, a sorte decidirá.

Art. 3º — O Presidente prestará, nas mãos do Imperador, e, os outros membros, nas do Presidente, o seguinte juramento — Juro cumprir exatamente os deveres do meu cargo.

Art. 4º — Ao Presidente compete:

1º) dirigir os trabalhos dentro do Tribunal, manter a ordem e fazer executar este regimento;

2º) distribuir os processos;

3º) fazer lançar em livro próprio e por ele rubricado a matrícula de todos os magistrados, que ora servem, ou de novo forem admitidos e, seguidamente, o tempo

de serviço que forem vencendo, com declaração dos lugares e qualidades do serviço, notando se serviram bem ou mal, referindo-se em tudo a registros ou documentos existentes na Secretaria. Todos os magistrados para serem matriculados apresentarão ao Presidente por si, ou seus procuradores, as cartas dos lugares, que atualmente servirem, e dos que forem servindo, para serem registradas, pena de se lhes não contar a antiguidade;

4º) informar ao Governo dos magistrados que estiverem nas circunstâncias de serem membros do Tribunal e dos opositores aos outros lugares de magistratura;

5º) informar ao Governo de pessoa idônea para Secretário do Tribunal e nomear quem sirva interinamente na sua falta ou impedimento;

6º) advertir os Oficiais do Tribunal, quando faltarem ao cumprimento dos seus deveres e multá-los, bem como ao Secretário, até a décima parte dos ordenados de seis meses;

7º) mandar coligir os documentos e provas para se verificar a responsabilidade dos empregados, de cujos delitos e erros de ofício deve o Tribunal conhecer;

8º) conceder a algum membro licença para não ir ao Tribunal até oito dias em cada ano. Por mais tempo, só o Governo a poderá conceder;

9º) expedir portarias para a execução das resoluções e sentenças do Tribunal e mandar fazer as necessárias notificações, exceto no que estiver a cargo do Juiz da culpa;

10) determinar os dias de conferência extraordinária. Nos casos dos §§ 3º, 4º, 5º e 6º deve o Presidente ouvir primeiramente o Tribunal.

CAPÍTULO II

Das Funções do Tribunal

Art. 5º — Ao Tribunal compete:

1º) conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que esta lei determina;

2º) conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus Ministros; os das Relações, os empregados no Corpo Diplomático e os Presidentes das províncias;

3º) conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das Relações das províncias.

Art. 6º — As revistas somente serão concedidas nas causas cíveis e crimes, quando se verificar um dos dois casos: manifesta nulidade, ou injustiça notória nas sentenças proferidas em todos os Juízos em última instância.

Art. 7º — As revistas não suspendem a execução das sentenças, exceto nas causas crimes, quando é imposta a pena de morte natural, degredo, ou galés; sendo os réus os recorrentes.

Art. 8º — A parte que quiser usar do recurso da revista, fará disso manifestação por si ou por seu procurador ao Escrivão, que a reduzirá a termo assinado pela parte, ou seu procurador e duas testemunhas.

Art. 9º — Esta manifestação será feita dentro de dez dias da publicação da sentença e logo intimada a parte contrária; salvo nas causas-crimes, nas quais poderá ser feita, não só enquanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que lhes não foi possível fazê-lo antes.

Art. 10 — Interposto o recurso de revista, as partes, no termo de quinze dias, arrazoarão por escrito sobre a nulidade ou injustiça que servir de fundamento ao dito recurso, sem novos documentos; e juntas as razões aos autos, serão estes, ficando o traslado, remetidos ao Secretário do Tribunal Supremo, onde serão apresentados na Corte e Província do Rio de Janeiro, dentro de quatro meses; de um ano nas Províncias de Goiás, Mato Grosso, Ceará, Piauí, Maranhão e Pará; e, de oito meses nas demais províncias, contados do dia da interposição do recurso.

Art. 11 — Recebendo o Secretário os autos, os apresentará na primeira conferência ao Tribunal, e se distribuirão a um dos magistrados, que será o relator.

Art. 12 — O Ministro, a quem for distribuída a revista, examinará os autos e alegações das partes e, pondo no processo uma simples declaração de o ter visto, o passará ao Ministro, que imediatamente se lhe seguir, o qual procederá da mesma forma e assim por diante até o número de três.

Art. 13 — Quando o último tiver visto o processo, o apresentará na mesa, no dia que o Presidente designar, e a portas abertas, ilustrado o Tribunal pelos três Juizes que viram os autos, e debatida a questão por todos os membros presentes, decidir-se-á, à pluralidade de votos, se se deve ou não conceder a revista; o resultado se lançará nos autos com as razões em que ele se fundou.

Art. 14 — Em um e outro caso, a decisão ficará constando no Tribunal, para o que será registrada literalmente em livro, para esse fim destinado e se publicará pela imprensa.

Art. 15 — Denegada a revista, serão remetidos os autos *ex officio* ao Juízo, onde foram sentenciados, e o recorrente condenado nas custas. E, se a sentença tiver imposto pena de morte, se observará a Lei de 11 de setembro de 1926, antes da sua execução.

Art. 16 — Concedida a revista, serão os autos remetidos *ex officio* a uma Relação que o Tribunal designar, tendo em vista a comodidade das partes. Se a causa tiver sido julgada em Relação, ou em outro corpo colegial, será revista por tantos Juizes quantos foram os da sentença recorrida, contanto que não sejam da mesma Relação; e, se for de Juizes singulares, serão os autos igualmente remetidos a uma Relação e aí julgados por três Juizes. Em um e outro caso as partes não serão novamente ouvidas.

Art. 17 — Proferida a sentença da revista, serão *ex officio* remetidos os autos pelo Presidente do Tribunal, revisor da sentença, ao Juízo, em que se proferiu a sentença recorrida, fazendo oficialmente ao Supremo Tribunal participação da remessa.

Art. 18 — O Procurador da Coroa e Soberania Nacional pode intentar revista das sentenças proferidas entre partes, tendo passado o prazo que lhes é concedido para a intentarem; mas neste caso a sentença da revista não aproveitará àqueles que pelo silêncio aprovaram a decisão anterior.

Art. 19 — O Tribunal Supremo de Justiça enviará todos os anos ao Governo uma relação das causas que foram revistas, indicando os pontos sobre que a experiência tiver mostrado vício, insuficiência da legislação, as suas lacunas e incoerências, para o Governo propor ao Corpo Legislativo, a fim de se tomar a resolução que for conveniente.

Art. 20 — Quando o Tribunal conhecer dos delitos e erros de officio, cujo conhecimento lhe confere a Constituição, o Ministro, a quem tocar por distribuição, ordenará o processo, fazendo autuar pelo Secretário as peças instrutivas; e procedendo às diligências necessárias, o apresentará à mesa, aonde, por sorte se escolherão três Ministros, os quais, depois de instruídos do processo e tendo ouvido o indiciado, o pronunciarão ou não, segundo a prova.

Art. 21 — Podem, porém, as próprias partes ofendidas apresentar as suas queixas contra os Presidentes das províncias e Ministros das Relações aos Juizes territoriais, aos quais competirá somente neste caso verificar o fato, que faz o objeto da queixa; inquirir sobre ele as testemunhas, que lhes forem apresentadas; e, facilitar às mesmas partes todos os meios que elas exigirem, para bem a instruírem. Ainda que não haja parte ofendida, compete ao Tribunal a requisição do Procurador da Coroa e Soberania Nacional formar o processo ou mandá-lo preparar pelo Juiz territorial do crime.

Art. 22 — Os ditos Juizes enviarão as referidas queixas, por cópia, aos querelados, que responderão dentro do termo de quinze dias e dirigirão as suas respostas ou aos mesmos Juizes, ou diretamente ao Tribunal pelo primeiro Correio, participando-o àqueles.

Art. 23 — Findo o termo, os Juizes pelo primeiro Correio remeterão o processo informativo que houverem organizado, na forma do art. 21 com a resposta dos querelados, ou sem ela, ao Supremo Tribunal, que procederá sem mais audiência dos querelados, na forma do art. 20 e nos mais termos prescritos por esta lei.

Art. 24 — São efeitos da pronúncia:

1º) sujeição à acusação criminal;

2º) suspensão do exercício de todas as funções públicas e de metade do ordenado que vencer, e inabilidade para empregos até final sentença, e prisão, quando a acusação for de crimes, em que não tem lugar a fiança.

Art. 25 — Depois da pronúncia feita pelo Supremo Tribunal de Justiça, ou por ele sustentada, dar-se-á vista do processo ao Promotor da Justiça, que será o mesmo da Relação da Corte, para este formar o libelo, derivado das provas autuadas. O réu será logo notificado por ordem do Presidente do Tribunal para comparecer nele por si, ou seu procurador, no caso do nº 2º do art. 24, e produzir aí a sua defesa dentro do prazo que lhe será marcado, com atenção às circunstâncias que ocorrerem.

Art. 26 — Comparecendo o réu por si, ou seu procurador, no termo que lhe for assinado e oferecido pelo Promotor o libelo acusatório, se lhe dará vista para deduzir a sua defesa no termo de oito dias, que será prorrogável ao prudente arbítrio do Juiz do Feito.

Art. 27 — Findo este termo, e na primeira conferência do Tribunal, presentes o Promotor, a parte acusadora, o réu, os seus procuradores, advogados e defensores, o mesmo Juiz do Feito, fazendo ler pelo Secretário o libelo, a contrariedade e todas as mais peças do processo, procederá à inquirição das testemunhas que se houverem de produzir, às quais poderão também o Promotor e as partes fazer as perguntas que lhes parecer.

Art. 28 — Findas as inquirições e perguntas, o mesmo Juiz, na conferência seguinte do Tribunal, apresentará por escrito um relatório circunstanciado de todo o processo, que nunca poderá ser julgado por menos de seis Juizes livres, e aí será lido, podendo ser contestado pelo Promotor e pelas partes, ou seus Procuradores, quando for inexato, ou não tiver a precisa clareza.

Art. 29 — Em seguimento, a sessão se tornará secreta e se discutirá a matéria, no fim do que, declarando os Ministros que estão em estado de votar, continuará a sessão em público; proceder-se-á à votação, não estando presentes o acusador, o réu, nem seus procuradores, advogados e defensores, nem tendo voto o Ministro que formou o processo, nem os que intervieram na pronúncia. Em caso de empate, quer sobre a condenação, quer sobre o grau de pena, seguir-se-á a parte mais favorável ao réu. Esta sentença poderá ser uma só vez embargada.

Art. 30 — O Promotor da Justiça intervirá sempre na acusação de todos os crimes, ainda havendo parte acusadora.

Art. 31 — O interrogatório das testemunhas e todos os atos do processo, depois da pronúncia, serão públicos.

Art. 32 — As pessoas que forem processadas neste Tribunal poderão recusar dois Juizes, e o acusador um, sem motivarem a sua recusação.

Art. 33 — Quando forem dois os réus, cada um recusará seu Juiz; sendo mais de dois, concordarão entre si nos dois que hão de exercer este direito; e, não concordando, a sorte decidirá. O mesmo se observará quando houver mais de um acusador, com a diferença de que em lugar de dois será nomeado um para exercer a recusação.

Art. 34 — No caso de conflito de jurisdição ou questão de competência das Relações Provinciais, entre si ou com qualquer outra autoridade, as autoridades competidoras darão imediatamente ao Tribunal uma parte por escrito acompanhada dos necessários documentos.

Art. 35 — O Tribunal julgará qualquer destes casos pela forma estabelecida para a concessão ou denegação das revistas, ouvindo porém o Procurador da Coroa e Soberania Nacional e lançada a sentença que, explicitamente, contenha a decisão e seus fundamentos.

Art. 36 — O Tribunal terá duas conferências por semana, além das extraordinárias que o Presidente determinar; e, para haver conferência será necessário que se reúna mais de metade do número dos membros.

Art. 37 — Os Ministros tomarão assento na mesa à direita, e esquerda do Presidente, contando-se por primeiro o que estiver à direita; e seguindo-se os mais até o último da esquerda.

Art. 38 — A distribuição será feita entre os Ministros sem outra consideração mais que a do número dos processos. Para esta distribuição haverá três livros rubricados pelo Presidente, um para as revistas, outro para o registro das sentenças dos réus, e o terceiro para o dos conflitos de jurisdição, além dos mais que necessários forem.

O livro da distribuição das revistas será dividido em dois títulos, um para as civis e outro para as criminaes.

Art. 39 — Os emolumentos dos papéis que se expedirem serão recolhidos a um cofre, de que se deduzirá a quantia necessária para as despesas miúdas, e o resto será recolhido ao Tesouro e, havendo falta, este a suprirá.

CAPÍTULO III

Dos Empregados do Tribunal

Art. 40 — Para o expediente do Tribunal haverá um Secretário que será formado em direito, podendo ser: um Tesoureiro, que servirá de Porteiro; e, dois Contínuos, com a denominação de primeiro e segundo.

Art. 41 — O Secretário escreverá em todos os processos e diligências do Tribunal; vencendo unicamente o ordenado de 2:000\$000. Os emolumentos que deveria receber serão recolhidos ao cofre do Tribunal.

Art. 42 — Haverá um Oficial de Secretaria com o ordenado de 1:000\$000, o qual servirá nos impedimentos repentinos do Secretário.

Art. 43 — O Tesoureiro, que é também Porteiro, terá a seu cuidado a guarda, limpeza e asseio da casa do Tribunal, todos os utensílios e tudo quanto aí for arrecadado; terá o ordenado de 800\$000, não percebendo mais coisa alguma, nem como Tesoureiro, nem para as despesas do asseio da casa.

Art. 44 — Os Contínuos farão o serviço por semana e, um no impedimento de outro, quando acontecer, ainda que não seja da sua semana. Aquele a quem tocar estará sempre pronto junto ao Porteiro nos dias de Tribunal, para executar tudo o que lhe for ordenado a bem do serviço. Os Contínuos servirão de Ajudantes do Porteiro nos impedimentos deste e terão de ordenado 400\$000.

Art. 45 — Todas as despesas miúdas do Tribunal, como são papel, penas, tinta, areia, lacre, obreias, nastro ou fitilho, serão pagas pelo cofre dos emolumentos, em folha, que formará o Tesoureiro todos os meses, assinada pelo Presidente.

Art. 46 — As entradas dos emolumentos para o cofre serão lançadas em livro de receita próprio e serão recensadas de seis em seis meses por um dos membros do Tribunal que, por nomeação do mesmo, servirá de Juiz das despesas.

Art. 47 — Ficam revogadas todas as leis, alvarás, decretos e resoluções em contrário.

Mandamos, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nela se contém. O Secretário de Estado dos Negócios da Justiça a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palácio do Rio de Janeiro aos 18 de setembro de 1828, 7^o da Independência e do Império.

L. S.

IMPERADOR com guarda.

José Clemente Pereira.

Carta de Lei, pela qual Vossa Majestade Imperial manda executar o Decreto da Assembléa-Geral, que houve por bem sancionar, sobre a criação do Supremo Tribunal de Justiça; número dos Ministros, de que deve ser composto; suas atribuições e negócios, que ao mesmo Tribunal ficam competindo, tudo na forma acima declarada.

Para Vossa Majestade Imperial ver.

Antonio Alvares de Miranda Varejão a fez.

Registrada nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça à fl. 10 do L. 1^o de leis. Rio de Janeiro, em 8 de outubro de 1828 — *João José da Motta.*

Monsenhor Miranda.

- Foi publicada esta Carta de Lei nesta Chancelaria-mor do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1828. — *Francisco Xavier Rapozo de Albuquerque*. Registrada na Chancelaria-mor do Império do Brasil a fl. 136 do L. 1º de cartas, leis e alvarás. Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1828 — *Mancel de Azevedo Marques*.”
- (39) In REIS, Daniel Aarão. *O Supremo Tribunal do Brasil* (Notas e Recordações), Rio de Janeiro — GB, 1968, pág. 60.
- (40) “O Supremo Tribunal Federal”, in *Revista Forense*, 242 (838/9), maio/jun., págs. 5/6.
- (41) In *op. cit. acima*, nota 39, pág. 13.
- (42) Conferência pronunciada no Instituto Histórico, sessão de 18 de setembro de 1928, em comemoração ao Centenário do Supremo Tribunal de Justiça, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico*, Tomo 104, Vol. 158, págs. 1056-7.
- (43) *Ibidem*, pág. 1052.
- (44) In BARROS, Hermenegildo de. “Grandes Figuras da Magistratura Brasileira”, Terceiro Congresso de História Nacional, Anais, Segundo Volume, *Boletim do Instituto Histórico*, pág. 275.
- (45) *Ibidem*, págs. 258/9.
- (46) In MARINHO, Joaquim Saldanha. *A Igreja e o Estado*, 2ª série, Rio de Janeiro, Typ. Perseverança, 1874, Parte do Cap. XXII, págs. 277/280.
- (47) Vide *op. cit. acima*, nota 44, pág. 262.
- (48) *Ibidem*, págs. 259-260.
- (49) Edição fac-similar da *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, Anos I e II — 1862, 1863*, matéria do número especial da mesma publicação, Ano XI, 1977, págs. 141 a 162, do Tomo II.
- (50) *Coleção das Leis do Brasil*, 1875, Tomo XIV, Partes I e II, vol. I.
- (51) *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, Rio de Janeiro, Livraria Brasileira Editora, 1966, Tomo III, pág. 191.
- (52) Projeto de Joaquim Manoel Carneiro da Cunha, traduzido do documento original depositado na Coordenação de Arquivo, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados:
- (Nº 380)
- “A Assembléia Geral Legislativa Resolve:
- Art. único
- Enquanto durar a guerra do Rio Grande do Sul, e não se fizer uma melhor lei orgânica, que regule os trabalhos, atribuições, alçada, e número dos Ministros do Tribunal Supremo de Justiça, o Governo não poderá nomear Magistrado algum para membro do mesmo podendo este interinamente continuar seus trabalhos estando presentes 11 de seus respectivos membros. Salvo a redação.
-
- Paço da Câmara dos Deputados, 18 de março de 1843 — a) *J. M. Carneiro da Cunha*.
- Julgado objeto de deliberação, e a imprimir em 18-3-1843”
- (53) Traduzido do documento original depositado na Coordenação de Arquivo, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados:
- (“Número ilegível)
- A Assembléia Geral e Legislativa do Império
- RESOLVE:
- Art. 1º — O Supremo Tribunal de Justiça será dividido em duas Seções, uma Criminal para conhecer exclusivamente das causas crimes, e outra Civil para conhecer das causas cíveis.

Art. 2º — Este Tribunal terá o número de 25 Ministros, a Seção Criminal será composta de 9 e a Civil de 15.

Art. 3º — O Governo designará os Ministros que deverão de pertencer a cada uma das Seções.

Art. 4º — As Seções serão presididas pelo Presidente do Tribunal, e as conferências delas não terão lugar no mesmo dia.

Art. 5º — A Revista somente será julgada pelos Ministros que viram o Feito.

Art. 6º — Concedida a Revista, os mesmos Juizes que a julgaram tratarão logo do merecimento da causa, reformarão a Sentença recorrida e os Autos serão remetidos para o Juízo do qual se recorreu a fim de ser executada a Sentença de Revista.

Art. 7º — As Revistas suspenderão a execução nas causas crimes, e nas cíveis somente quando o dano que pode vir da Sentença recorrida for irreparável.

Art. 8º — A divisão do Tribunal em Seções não tem lugar quando ele julgar os delitos e erros de officio cujo conhecimento lhe compete.

Art. 9º — As Sentenças do Supremo Tribunal de Justiça são irrevogáveis: a ação de nulidade só terá lugar ou quando não tiver havido Sentença de Revista ou quando a Revista for denegada por ser interposta ou apresentada fora de tempo ou por falta de alguma das solenidades de sua interposição.

Art. 10 — Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal de Justiça o conhecimento dos delitos dos Bispos.

Art. 11 — Ficam revogadas as leis em contrário.

Páço da Câmara dos Deputados, 1º de julho de 1843. — *a) Nabuco de Araújo.* (O Projeto foi julgado objeto de deliberação e mandado imprimir a 1º de julho de 1843)''

- (54) *Um Estadista do Império*, Cia. Editora Nacional, São Paulo, Civilização Brasileira S/A., Rio, 1936, Tomo I, págs. 136 e 195.
- (55) *Anais do Parlamento Brasileiro*, 1º vol. da 1ª Sessão, págs. 769 e seguintes.
- (56) "A assembléa geral legislativa decreta etc.:

Art. 1º — Os magistrados perpétuos, na frase da constituição do império, arts. 153 a 158, só perderão seus lugares por sentença condenatória passada em julgado, cuja pena os condene, na perda do emprego ou os impossibilite do exercício dele por mais de quatro anos.

§ 1º — A remoção dos magistrados perpétuos segundo o art. 253 da constituição do império e art. 45 do código do processo, só se verificará por pedido dos mesmos, representação do presidente da província ou entender do governo, sendo em todos os casos ouvido previamente o conselho de estado. Quando a remoção se tiver de verificar a pedido do presidente da respectiva província, será ouvido primeiramente o magistrado.

§ 2º — O motivo da remoção será declarado no decreto que a determinar.

§ 3º — Os crimes individuais ou erros de officio, cometidos pelo magistrado perpétuo, nunca serão motivo para sua remoção, e sim para sua punição, e nem poderá ser removido o que tenha cometido tais crimes ou erros, sem que por eles seja primeiramente responsabilizado.

Art. 2º — O título do magistrado perpétuo mostrará somente sua categoria de juiz de direito, desembargador ou membro do supremo tribunal; o governo, por um decreto lhes dará exercício onde melhor convier, guardadas as disposições dos parágrafos do art. 1º

§ 1º — Os que na conformidade das leis forem despachados juizes de direito, desembargadores ou membros do supremo tribunal, e não tirarem suas cartas dentro de seis meses contados depois de terem ciência oficial, e dentro destes mesmos seis meses não seguirem para seus destinos, se entenderá *ipso facto* que renun-

ciaram a graça, ficando cada um na condição anterior, perdendo porém o direito a novos despachos de acesso.

§ 2º — Os desembargadores e juizes de direito que forem removidos, e não seguirem para seus destinos dentro de seis meses depois da intimação oficial do decreto de remoção, ficarão suspensos do exercício e ordenados, e serão imediatamente mandados responsabilizar pelo crime do art. 157 do código penal.

§ 3º — Os que cumprirem os parágrafos antecedentes percebem seus ordenados, como se estivessem em exercício.

Art. 3º — O ordenado dos juizes de direito será de 3:600\$, o dos desembargadores de 4:200\$, o dos membros do supremo tribunal de 6:000\$.

Art. 4º — Os magistrados perpétuos serão aposentados com seus ordenados por inteiro, na categoria em que se acharem, tendo 30 anos de serviços na carreira da magistratura, sem as interrupções marcadas do art. 5º e § 1º

§ 1º — No caso de impossibilidade absoluta por moléstia provada, serão aposentados em proporção dos anos de serviços.

§ 2º — Os magistrados que forem despachados para a província de Mato Grosso, Goiás, Piauí e interior do Pará e comarca da Chapada, na província do Maranhão, terão a quinta parte de seus ordenados como ajuda de custo de ida, e o mesmo para a volta.

§ 3º — As vagas do supremo tribunal serão preenchidas pelo rigor da antiguidade na carreira, e, no caso de igualdade preferirá o mais velho em nascimento.

§ 4º — As vagas das relações serão porém preenchidas com escolha feita dentre os juizes de direito que tiverem 10 anos de serviços de magistratura, sem as interrupções do art. 5º e § 1º, e que mais se distinguirem por seus talentos e virtudes.

Art. 5º — O magistrado perpétuo que aceitar qualquer comissão do governo alheia de sua profissão de julgar, ficará fora da carreira durante todo o tempo da referida comissão, e nem perceberá seus ordenados, e nem se lhe contará antiguidade.

§ 1º — O que aceitar eleição popular, sendo para deputado, ficará compreendido nas disposições do art. 5º pelo espaço que durar a legislatura.

§ 2º — O que aceitar ser senador será aposentado, na conformidade do art. 4º, § 1º

Art. 6º — Os juizes de direito, pelos crimes individuais e erros do officio que cometerem, serão responsabilizados perante a relação de seu distrito, em cumprimento do art. 154 da constituição do império e mais leis em vigor.

Art. 7º — Quando os magistrados tiverem impedimentos pelos quais deixem de perceber seus ordenados na conformidade desta lei, os perceberão seus substitutos legais.

Art. 8º — Ficam revogadas todas as disposições e leis em contrário.

Câmara dos deputados, 24 de julho de 1847.

Julga-se o projeto objeto de deliberação e manda-se imprimir." (*Anais da Câmara dos Deputados*, 1847, vol. 2, págs. 250'1).

- (57) Vide *op. cit.* acima, nota 6, Tomo III, pág. 188.
- (58) RODRIGUES, Leda Boechat, *História do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira S/A, 1965, Tomo I, pág. 1.
- (59) LEAL, Aurelino, "História Judiciária do Brasil", in *Dicionário Histórico, Geográfico e Etnográfico do Brasil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1922, pág. 1162.
- (60) *Ibidem*, págs. 1162, 1163 e *Anais da Câmara dos Deputados*, Constituinte, 1891, págs. 82/3.
- (61) *Ibidem*, págs. 1163 e 83.
- (62) Vide quadro comparativo constituído pelo Projeto de Constituição confrontado com as emendas aprovadas e as emendas rejeitadas pela Comissão, *Anais da Câ-*

- mara dos Senhores Senadores, Constituinte, vol. I, pág. 119 e Constituinte, *Anais do Congresso Nacional*, vol. II, pág. 136.
- (63) Constituinte, *Anais do Congresso Nacional*, vol. II, págs. 385 e seguintes e vol. III, págs. 139 e seguintes.
- (64) *Ibidem*, vol. II, págs. 101, 103 e 106.
- (65) *Ibidem*, pág. 17 (Emenda ao art. 55).
- (66) *Ibidem*, pág. 65.
- (67) *Ibidem*, Apêndice, pág. 19.
- (68) *Ibidem*, vol. II, págs. 18, 44 e 133.
- (69) *Ibidem*, Apêndice, pág. 31.
- (70) *Ibidem*, vol. II, págs. 107 a 126.
- (71) *Arquivo Judiciário*, 52 (1): 35-40, (supl.), out. 1939.
- (72) *Minhas memórias dos outros*, última série, Rio de Janeiro, Livraria José Olímpio Editora, 1936, págs. 221/223.
- (73) In RODRIGUES, Leda Boechat, *História do Supremo Tribunal Federal*, op. cit. acima, nota 58, vol. 1, págs. 9 a 12.
- (74) BALEIRO, Aliomar, "O Supremo Tribunal Federal", in *Revista Forense*, (838/9): 5-15, maio/jun, 1973.
- (75) Discurso pronunciado em homenagem ao Ministro Luiz Gallotti, in *Supremo Tribunal Federal — Homenagens prestadas aos Ministros que deixaram a Corte no período de 1960 a 1975*, Brasília, 1975, pág. 224.
- (76) Vide artigo cit. acima, nota 74, pág. 7.
- (77) Vide op. cit., nota 58, Tomo I, Capítulo II, págs. 15 e seguintes.
- (78) *Ibidem*, pág. 27.
- (79) In BARROS, Hermenegildo de, op. cit. acima, nota 44, pág. 277.
- (80) *Ibidem*, pág. 279.
- (81) *Ibidem*, pág. 295.
- (82) *Ibidem*, págs. 300/301.
- (83) Vide op. cit. nota 58, Tomo I, pág. 43.
- (84) *Ibidem*, pág. 125.
- (85) *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, pág. 59.
- (86) In op. cit. in nota 44, pág. 308.
- (87) *Ibidem*, pág. 309.
- (88) Op. cit. in nota 85, pág. 115.
- (89) Op. cit. in nota 44, pág. 356.
- (90) BARRETO, Edmundo Muniz, "O Supremo Tribunal Federal na Assembléia Nacional Constituinte", in *Revista Forense*, 63 (373): 5-15, jul. 1934.
- (91) Op. cit. acima, nota 85, pág. 115.
- (92) Coleção Retratos do Brasil, vol. 97, *Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, 1976.
- (93) In *Supremo Tribunal Federal*, op. cit. in nota 75, discurso do Ministro Cândido Mota, em homenagem ao Ministro Alvaro Moutinho Ribeiro da Costa, pág. 71.
- (94) *Ibidem*, pág. 165.
- (95) *Ibidem*, pág. 87.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— n ^o 1 (março/1964)	10,00
— n ^o 2 (junho/1964)	esgotada
— n ^o 3 (setembro/1964)	”
— n ^o 4 (dezembro/1964)	”
— n ^o 5 (março/1965)	”
— n ^o 6 (junho/1965)	”
— n ^o 7 (setembro/1965)	”
— n ^o 8 (dezembro/1965)	”
— n ^o 9 (março/1966)	”
— n ^o 10 (junho/1966) (reimpressão)	30,00
— n ^o 11 (setembro/1966)	esgotada
— n ^o 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão)	25,00
— n. ^{os} 13/14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão)	15,00
— n. ^{os} 15/16 (julho a dezembro/1967)	esgotada
— n ^o 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão)	20,00
— n ^o 18 (abril a junho/1968) (reimpressão)	30,00
— n ^o 19 (julho a setembro/1968)	10,00
— n ^o 20 (outubro a dezembro/1968)	10,00
— n ^o 21 (janeiro a março/1969)	10,00
— n ^o 22 (abril a junho/1969)	esgotada
— n ^o 23 (julho a setembro/1969)	10,00
— n ^o 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão)	esgotada
— n ^o 25 (janeiro a março/1970)	esgotada

	Cr\$
— nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão)	20,00
— nº 27 (julho a setembro/1970)	esgotada
— nº 28 (outubro a dezembro/1970)	esgotada
— nº 29 (janeiro a março/1971)	esgotada
— nº 30 (abril a junho/1971)	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971)	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971)	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972)	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972)	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972)	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972)	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973)	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973)	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973)	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973)	20,00
— nº 41 (janeiro a março/1974)	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974)	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974)	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974)	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975)	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975)	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975)	30,00
— nº 48 (outubro a dezembro/1975)	30,00
— nº 49 (janeiro a março/1976)	30,00
— nº 50 (abril a junho/1976)	30,00
— nº 51 (julho a setembro/1976)	30,00
— nº 52 (outubro a dezembro/1976)	30,00
— nº 53 (janeiro a março/1977)	30,00
— nº 54 (abril a junho/1977)	30,00
— nº 55 (julho a setembro/1977)	30,00
— nº 56 (outubro a dezembro/1977)	30,00
— nº 57 (janeiro a março/1978)	30,00
— nº 58 (abril a junho/1978)	30,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA —
NÚMEROS 1 a 50” — enviaremos gratuitamente a quem
nos solicitar.

“JORNALISMO” — LEGISLAÇÃO (1963) esgotada

“DIREITO ELEITORAL”

— Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963) esgotada

“REFORMA AGRÁRIA”

— Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de
Emenda à Constituição, mensagens presidenciais, legisla-
ção (1963)

— Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)

— Debates parlamentares — Senado Federal (1963) esgotada

“DIREITO DE GREVE” (Edição de 1964)

- *Histórico do Direito de Greve no Brasil*
- *Constituinte de 1946*
- *Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional*
- *Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64*
- *Jurisprudência dos Tribunais*
- *Pareceres da Consultoria-Geral da República* esgotada

“VENDAS E CONSIGNAÇÕES” (Edição de 1965)

- *Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na Revista de Informação Legislativa n.ºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239)* esgotada

“LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO”

- *Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) – legislação correlata – 4 volumes* esgotada
- *Atos Institucionais – Atos Complementares – Decretos-Leis e legislação citada ou revogada – Índices cronológico e por assunto – Governo do Presidente Costa e Silva – dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente Emílio G. Médici:*
 - *1º volume, contendo 268 páginas*
 - Atos Institucionais n.ºs 1 a 4
 - Atos Complementares n.ºs 1 a 37
 - Decretos-Leis n.ºs 319 a 347 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada
 - *2º volume, contendo 314 páginas*
 - Ato Institucional nº 5
 - Atos Complementares n.ºs 38 a 40
 - Decretos-Leis n.ºs 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada
 - *3º volume, contendo 304 páginas*
 - Atos Institucionais n.ºs 6 e 7
 - Atos Complementares n.ºs 41 a 50
 - Decretos-Leis n.ºs 410 a 480 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada

– 4º volume, contendo 490 páginas	
Atos Institucionais n.ºs 8 e 9	
Ato Complementar nº 51	
Decretos-Leis n.ºs 481 a 563 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 5º volume, contendo 336 páginas	
Ato Institucional nº 10	
Atos Complementares n.ºs 52 a 56	
Decretos-leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 6º volume, contendo 488 páginas	
Ato Institucional nº 11	
Atos Complementares n.ºs 57 a 62	
Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto	30,00
– 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto	35,00
– 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00

	Cr\$
– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares n.ºs 78 a 94	
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares n.ºs 95 a 97	
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	20,00
– 16º volume, contendo 424 páginas	
Atos Complementares n.ºs 98 e 99	
Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei n.º 1/65	40,00
 “ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) (Edição de 1966)	
– <i>Quadro Comparativo</i> : Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constitui- ção de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos e itens	esgotada
 “ANAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”	
– 1º volume – <i>Antecedentes da Constituição através do no-</i> <i>tiário da imprensa</i>	
– 2º volume – <i>Primeira fase de tramitação do projeto de</i> <i>Constituição no Congresso Nacional – Discussão e Vota-</i> <i>ção do Projeto</i>	
– 3º volume – <i>Discursos pronunciados em sessões do Sena-</i> <i>do Federal e da Câmara dos Deputados</i>	
– 4º volume (2 tomos) – <i>Segunda fase de tramitação do</i> <i>Projeto de Constituição no Congresso Nacional</i>	
– 5º volume – <i>Comissão Mista</i>	
– 6º volume (2 tomos) – <i>Emendas oferecidas ao Projeto</i> <i>de Constituição</i>	
– 7º volume – <i>Quadro Comparativo da Constituição de</i> <i>1967 – Projeto originário do Poder Executivo – Emendas</i> <i>aprovadas (artigo por artigo)</i>	120,00

"REFORMA AGRÁRIA" (3 tomos) (Edição de 1969)

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginalia (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas

45,00

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

– **QUADRO COMPARATIVO (2ª edição)** esgotada

Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69; nº 2, de 9-5-72; nº 3, de 15-6-72; nº 4, de 23-4-75; nº 5, de 28-6-75; nº 6, de 4-6-76; nº 7, de 13-4-77; e nº 8, de 14-4-77.

Contém, comparadas em todos os artigos:

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais n.ºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional número 6/69).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

"O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL" (Edição de 1970)

- Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 15,00

"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos – profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971) esgotada

"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS" (Edição de 1971)

- Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) 45,00

“PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1971)

- Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 – “Lei Orgânica dos Partidos Políticos” esgotada

“LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR”

(Edição de 1972)

contendo:

- Emendas Constitucionais – Atos Institucionais – Atos Complementares – Leis Complementares.
- Legislação citada – sinopse (com suplementos: I, de 1973; II, de 1974; III, de 1975; IV, de 1976; e V, de 1977) esgotada

“PARTIDOS POLÍTICOS” (2 tomos) (Edição de 1974)

- Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – “Lei Orgânica dos Partidos Políticos”, e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – “Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos” 70,00

“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.” (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)

– 1º volume (3 tomos)

- Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que “institui o Código de Processo Civil” (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)

– 2º volume (2 tomos)

- Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
- Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)

– 3º volume

- Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que “retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil”
- Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”

	Cr\$
<ul style="list-style-type: none"> - Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que "adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que mencionam" 	
Preço da coleção	180,00
"CÓDIGO PENAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> - Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que "altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal" 	45,00
"CÓDIGO PENAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> - Quadro Comparativo (Novo Código Penal - Código Penal de 1940) - Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata) - Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) 	esgotada
"PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> - Lei Orgânica da Previdência Social atualizada - Notas - Remissões - Comparações - Regulamentações - Jurisprudência Administrativa - Ementário de legislação 	20,00
"PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> - Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos) 	70,00
"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> - Texto atualizado da CLT - Comparação com o texto original e alterações - Legislação correlata - Notas 	esgotada
"REFORMA ADMINISTRATIVA" (2ª edição - 1976)	
<ul style="list-style-type: none"> - Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações - Legislação: alteradora, citada e correlata - Legislação de Pessoal 	40,00
"PROCESSO LEGISLATIVO" (2ª edição - 1976)	
<ul style="list-style-type: none"> - Aspectos Fundamentais - Emenda Constitucional nº 1 	

	Cr\$
– Regimento do Congresso Nacional	
– Regimento do Senado Federal	
– Regimento da Câmara dos Deputados	15,00
“DIREITO FINANCEIRO” (2ª edição – 1976)	
– Lei nº 4.320, de 17-3-64	
– Diretrizes de Interpretação	
– Regulamentação	
– Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta – Portaria nº 61/73, da Inspeção-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75)	esgotada
“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” – Quadro Comparativo Anotado (2 volumes)	
– 1ª volume	
– Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)	
– 2ª volume – Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo:	
– legislação correlata;	
– jurisprudência;	
– doutrina;	
– emendas aprovadas pelo Congresso Nacional;	
– Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid;	
– legislação estrangeira; e	
– remissões.	
Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.869, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73	esgotada
“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”	
– Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 tomos) 2ª edição (julho de 1977)	150,00
“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (edição 1976)	
– Textos atualizados em vigor das Leis Orgânicas Municipais dos Estados da Federação Brasileira. Índice e notas (2 tomos)	esgotada

	Cr\$
"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"	
– Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos)	150,00
"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" (3ª edição – 1978) (formato bolso)	
– Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-6-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; 8, de 14-4-77; 9, de 28-6-77 e 10, de 14-11-77	esgotada
"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"	
– Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda	70,00
"SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS"	80,00
– Quadros comparativos anotados	
– 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76 Decreto-Lei nº 2.627, de 28-9-40	
– 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76 Lei nº 4.728, de 14-7-65	
"CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL" (atualizado) (edição 1978)	50,00
"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (3ª edição – agosto de 1978)	55,00
– Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).	
– Índices alfabéticos e remissivos.	
– Legislação alteradora, citada e correlata.	
– SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978	25,00
PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA	
"REGIMENTO INTERNO" (edição 1976)	
– Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976 ..	15,00

REEMBOLSO POSTAL

Peça o **Catálogo de Publicações** da Subsecretaria de Edições Técnicas. Escolha as publicações de seu interesse, preencha o cartão-resposta-comercial e remeta-o pelo Correio. Não é preciso selar.

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.160