TESES DO V CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RECIFE
25 A 29 DE SETEMBRO DE 1977

Homenagem ao sesquicentenário da fundação dos Cursos Jurídicos em **OLINDA** *e* **SÃO PAULO**.

TESES DO V CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RECIFE
25 A 29 DE SETEMBRO DE 1977

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROCURADOR GERAL DA JUSTIÇA

Waldemir Oliveira Lins

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente

Waldemir Oliveira Lins

Membros

Jarbas Fernandes da Cunha
Francisco Evandro de Paiva Onofre
Mayr Maranhão Lapenda
Waldir de Andrade Bitu

PROCURADORES DA JUSTIÇA

Jarbas Fernandes da Cunha
Francisco Evandro de Paiva Onofre
João José Ribeiro
João Rufino da Silva Melo
Mayr Maranhão Lapenda
Waldecy Soares da Fonseca
Clementino Mariz de Faria
João Lustosa Cantarelli
Waldemir Oliveira Lins
Artur Barros de Albuquerque Lins, em exercício
Waldir de Andrade Bitu, em exercício

CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Jose Bartholomeu Lemos Gibson

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO

DIRETORIA

Presidente: *Massilon Tenório de Medeiros*
1º Vice-Presidente: *Waldir de Andrade Bitu*
2º Vice-Presidente: *Luiz Belem de Alencar*
1º Secretário: *Mayr Maranhão Lapenda*
2º Secretário: *Valter R. da Rosa Borges*
1º Tesoureiro: *José Ivens P. de Carvalho*
2º Tesoureiro: *Maria Nely Lima Ribeiro*
Conselho: *Hálvio Santiago Mafra, Darley Lima Ferreira, Hugo Cavalcanti Melo, Hélio Soares da Fonseca e Antônio Nunes Cabral.*

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO 11

2. ORGANIZAÇÕES DO CONGRESSO 13

3. TESES DE DIREITO PENAL 15

3.1 A Fraude para Frustrar o Asseguramento de Direitos Trabalhistas — *Bel. Reginald D. H. Felker* 17

3.2 O Conceito de Infanticídio em o Novo Código Penal Simples Renovação com involução de Princípios Jurídicos — *Bel. Joubert Câmara Scala* 31

3.3 Aspectos Criminológicos e Jurídico Penais dos Entorpecentes — *Bel. Humberto S. Lisboa* 41

3.4 Adultério: — Ilícito Civil e Penal? — *Bel. Ubirajara Lopes Vieira* 63

3.5 Prescrição Penal — Fator de Impunidade e de Aumento da Criminalidade — *Bel. Cassio Rodrigues Pereira* 97

3.6 Inaplicabilidade da não exigibilidade de outra conduta nos chamados Crimes Passionais — *Bel. Djalma Martins da Costa* 115

3.7 Irretroatividade Prescricional da Ação pela Pena Concretizada — *Bel. Everards Mota e Matos* 135

3.8 O Sancionamento Penal em casos de Falsidade de Atestado Odontológico — *Bela. Helena Caúla Reis* 151

3.9 Marginalização e Criminalidade — O Menor Infrator — *Bel. Manoel Cypriano de Moraes* 165

3.10 O Tipo e o Princípio da Garantia Individual — *Bel. James Tubenchlak* 175

3.11 Acerca dos Elementos Subjetivos das Causas de Justificação — *Bel. Heitor Costa Junior* 185

3.12 Punição dos Delitos Automobilísticos — *Bel. José Antônio Pereira Ribeiro* 201

3.13 Da Pessoa do Viciado e do Comércio Clandestino de Entorpecentes — *Bel. José Antônio Pereira Ribeiro* 215

3.14 Prescrição Retroativa — *Bel. Damásio E. de Jesus* .. 231

3.15 Problemas Criminológicos da Atualidade — *Bel. Nelson Pizzottti Mendes* 255

3.16 O Enfoque Criminológico da Descriminalização — *Bel. Nelson Pizzotti Mendes* 269

3.17 O Criminoso, a Fixação da Pena, em face das recentes Causas Biológicas da Criminalidade — *Bel. Paulo Moura* 285

3.18 Indenização a Vítima do Delito — *Bela. Lina da Conceição Lucas* 295

4. TESES DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENITENCIÁRIO 305

4.1 Lei 5.941/73: Faculdade Judicial ou Direito Subjetivo do Acusado? — *Bel. Geraldo Batista de Siqueira* 307

4.2 Notitia Criminis: Vinculação do Ministério Público Inteligência do Art. 408, § 5º, do Código de Processo Penal — *Bel. Geraldo Batista de Siqueira, bel. Antônio de Moura Neves, bel. Wilson Brandão Curado* ... 321

4.3 Do Trancamento da Ação Penal Subsidiária — *Bel. Vivaldo Jorge de Araújo, bel. Geraldo Batista de Siqueira* 331

4.4 Tribunal do Júri: Remuneração aos Jurados — *Bel. Geraldino Rosa dos Santos* 341

4.5 Do Trabalho Prisional e da Prisão Albergue — *Bel. Altayr Venzon* 349

4.6 Da Revisão Criminal: Titularidade do Ministério Público — *Bel. Geraldo Batista de Siqueira, bel. Reynaldo Edreira Martins, bel. Joel de Sant'Anna Braga* ... 363

4.7 Processamento Objetivo dos Pedidos de Indulto e Comutação de Pena — *Bel. Octacílio Paula Silva* 375

4.8 O Inquérito Policial nos Crimes de Ação Penal Privada e seu Destino, no Projeto de Código de Processo Penal — *Bel. Maurilio Moreira Leite* 387

4.9 Reflexões sobre a Prova e o Livre Convencimento do Juiz — *Bel. Valdir Sznick* 397

4.10 Revisão Especial — *Bel. Arthur Cogan* 403

4.11 Da Condução Coercitiva — *Bel. Jorge Luiz de Almeida* 411

4.12 O Arquivamento do Inquérito nas Ações Penais Originárias — *Bel. Fernando Newton Bittencourt Fowler* 421

4.13 A Prisão Preventiva face as Novas Legislações — *Bela. Helena Barros Heluy* 429

4.14 Da Ordem de Recusa de Jurados e suas Consequências — *Bel. Elias Rebello Horta Júnior* 445

4.15 Prisão em Flagrante e Liberdade da Nova Lei — *Bel. Oscar Xavier de Freitas* 461

4.16 O Tribunal do Júri — *Bel. Antônio Claret de Lima* 467

5. TESES DE DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL 475

5.1 Revogabilidade do Regime de Bens por Sentença no Desquite Litigioso — *Bel. Hélio Soares Fonseca* 477

5.2 Da Reiteração da Prisão do Devedor de Prestação Alimentícia — *Bel. Luiz Felipe Azevedo Gomes* 499

5.3 Da Provisão ad litem nas Ações de Oferecimento de Pensão Alimentícia — *Bel. Hugo Jerke* 509

5.4 Da Inadmissibilidade da Ação Declaratória Incidental e Reconvenção nas Ações de Alimentos — *Bel. Darcilo Melo Costa* 521

5.5 Chamamento da Segurança ao Processo — *Bel. Simão Isaac Benjó* 529

5.6 Do Recurso Extraordinário das Decisões em Mandado de Segurança da Competência Originária dos Tribunais — *Bel. José Gilson dos Santos* 541

6. TESES DE DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO TRIBUTÁRIO 547

6.1 Capitais Estrangeiros Investidos em Bancos, Seguraradas e Financeiras no Brasil — *Bel. Jorge Joaquim Lobo* 549

6.2 Dos Pressupostos Impeditivos da Expulsão do Estrangeiro — *Bel. Nelson Pizzotti Mendes* 557

6.3 Aspectos Não-Regulamentares da Relação de Emprego do Funcionário Público — *Bel. Sérgio de Andréa Ferreira* 567

6.4 A Assistência Judiciária como Órgão do Estado: Indispensabilidade de sua Colocação Constitucional — *Bel. José Fontenelle Teixeira da Silva — bel. Humberto Peña de Moraes* 585

7. TESES DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS 607

7.1 O Ministério Público e a Extensão da sua atuação fiscalizadora no Processo Civil — *Bel. Venâncio Ayres de Mesquita Filho* 609

7.2 O Interesse Público como Determinante da Intervenção do Ministério Público na Ação — *Bel. Nilton José Machado* 617

7.3 A Substituição Processual e o Ministério Público — *Bel. Luiz José dos Santos Lima* 637

7.4 O Ministério Público: Composição dos Tribunais Estaduais — *Bel. Geraldo Batista de Siqueira* 651

7.5 O Ministério Público e os Critérios de Competência da Justiça Militar Estadual — *Bel. Luiz Carlos Biasutti* 659

7.6 Fatores Impeditivos para a afirmação definitiva da instituição do Ministério Público no Ordenamento Jurídico-Constitucional Brasileiro — *Bel. Paulo Olimpio Gomes de Souza* 671

7.7 O Ministério Público: Uma nova Estratégia para Aperfeiçoamento — *Bel. Carlos Siqueira Neto* 687

7.8 O Ministério Público e sua Lei Complementar — *Bel. Paulo Salvador Frontini* 699

7.9 O Ministério Público na Ação Popular: Sentido do Artigo 6º, § 4º, da Lei 4.717/65 — *Bel. Itamar Dias Noronha* 715

APRESENTAÇÃO

Não cometeremos a ingenuidade de anunciar que este é o primeiro volume dos ANAIS, contendo as teses apresentadas, e que a ele se seguirá um segundo volume, enfeixando tudo o que ocorreu durante o certame.

A experiência vem mostrando que raramente pode ser cumprida a segunda parte do anúncio. Passado o Congresso, nem sobram meios, nem é possível mobilizar novos. Míngua o entusiasmo pelas tarefas do pós-Congresso.

Isto faz com que, ao publicarmos em livro — e antecipadamente — as teses elaboradas para o V CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, não prometamos um segundo volume exclusivamente para as conclusões, indicações, moções, recomendações, comunicações, conferências, discursos, etc. Tudo isto constará do próximo número da nossa REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO, a sair antes do fim deste ano.

Reunindo em livro todas essas numerosas teses — cuja quantidade bem atesta o grande interesse despertado pelo encontro do Recife — moveu-nos a propósito de facilitar o manuseio desses trabalhos pelos congressistas e, ao mesmo tempo, conferir a tais produções intelectuais um sentido de permanência.

As teses estão dispostas na ordem e na conformidade do Temário, e tivemos o cuidado de, depois de cada uma delas, acrescentar folhas em branco para anotações, onde poderão ser lançadas todas as ocorrências da discussão e aprovação.

O livro será, assim, uma memória viva ao Congresso.

Sendo uma publicação realizada em exíguo espaço de tempo, muitos erros, certamente, terão escapado à revisão.

Diremos, como atenuante, porém, que nem todos esses erros são da responsabilidade exclusiva da revisão.

V CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PATRONO

Dr. José Francisco de Moura Cavalcanti
Governador do Estado de Pernambuco

PRESIDENTE DE HONRA

Dr. Sérgio Higino Dias dos Santos Filho
Secretário da Justiça

PRESIDENTE

Dr. Waldemir Oliveira Lins
Procurador Geral da Justiça

VICE-PRESIDENTE

Dr. Massilon Tenório de Medeiros
Promotor Público Presidente da Associação do Ministério Público de Pernambuco

COMISSÃO ORGANIZADORA

Presidente: *Dr. Waldemir Oliveira Lins*
Procurador Geral da Justiça

Vice-Presidente: *Dr. Massilon Tenório de Medeiros*
Presidente da Associação do Ministério Público de Pernambuco

Membros:

Procurador da Justiça *Jarbas Fernandes da Cunha*
Procurador da Justiça *Francisco Evandro de Paiva Onofre*
Procurador da Justiça *João José Ribeiro*
Procurador da Justiça *João Rufino da Silva Melo*
Procurador da Justiça *Mayr Maranhão Lapenda*
Procurador da Justiça *Waldecy Soares da Fonseca*
Procurador da Justiça *Clementino Mariz de Faria*
Procurador da Justiça *João Lustosa Cantarelli*
Procurador da Justiça *Artur Barros de Albuquerque Lima*
Procurador da Justiça *Waldir de Andrade Bitu*
Promotor Público *Olímpio da Costa Junior*
Promotor Público *Francisco de Figueiredo Matos*

COMISSÃO TÉCNICA DE DIREITO PENAL

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

M e m b r o s

Presidente: *Gilberto Niederauer Correa*
Relatores: *Ruy Rosado de Aguiar Junior*
Alberto Rufino Rosa Rodrigues

A FRAUDE PARA FRUSTRAR O ASSEGURAMENTO DE DIREITOS TRABALHISTAS

Reginald D. H. Felker
Promotor Público de VIAMÃO — RGS

I) — *INTRODUÇÃO*

Se lançarmos os olhos sobre o panorama da criminalidade no mundo atual, se nos ressaltará, sem dúvida, a realidade palpável e gritante da IMPUNIDADE em três amplas faixas de procedimentos atentatórios aos interesses maiores da Sociedade e, como tal, procedimentos delituosos.

Na primeira faixa encontramos os DELITOS CONTRA A NATUREZA. Graves e constantes atentados são praticados, em ritmo crescente, contra o equilíbrio ecológico, com reflexos imediatos sobre o HOMEM, em última análise a maior vítima de tais procedimentos. A *qualidade* da vida humana vem se deteriorando, gradativamente, sem uma providência à altura por parte da máquina administrativa. As águas dos rios e lagos são poluídos, as florestas devastadas, ares empestados, alimentos contaminados, fauna e flora eliminadas, praticamente sem nenhuma defesa eficaz. O Homem comum depara-se perplexo diante da agressão constante e crescente à Natureza, — sem uma resposta condizente e convincente do Poder Público, — não fugindo dessa omissão o legislador, o julgador e o fiscal da execução da lei.

Na segunda faixa flagramos os DELITOS CONTRA OS ELEMENTARES DIREITOS HUMANOS. Em nome da ortodoxia ideológica, ali; da segurança grupal, lá; ou simplesmente do culto do Chefe ou do Sistema, mais adiante — o Homem vem sendo esmagado, espezi-

nhado e violentado, sob os mais diversos matizes e nas mais diversas latitudes, pelos ocasionais detentores do Poder, que, impunemente, transgridem a cada momento do primeiro ao último dos princípios básicos consagrados na Declaração dos Direitos Humanos. O fenômeno é Mundial e está a sugerir o ingresso da Humanidade em uma nova Idade Média, da qual só nos restará a esperança de um novo Renascimento. O grande risco que o problema encerra, ao Ministério Público como instituição, em quase todos os povos sedizentes civilizados, é a gradativa insensibilidade para o problema ou a justificação do mesmo como uma necessidade para a preservação de valores e objetivos nem sempre muito claros, nem de fundamentação moral muito segura.

Na terceira faixa deparamos com OS DELITOS DE NATUREZA ECONÔMICA. O progresso tecnológico aliado a uma ordem sócio-econômica amoral, de orientação essencialmente pragmática, produziram um sistema de forças que culminará por aniquilar o Homem, como Indivíduo, massificado numa sociedade de consumo voraz e jamais satisfeita.

Esta situação, acrescida da luta gigantesca entre as Empresas, na luta pelo mercado, no aumento do lucro, no desenvolvimento a qualquer preço, — gerou uma série constante de agressões aos direitos individuais e de lesões ao organismo social. Em suma, delitos de natureza econômica, que vão da fraude tributária à sonegação de produtos básicos, da concorrência desleal aos crimes contra a organização do trabalho.

Estas *três faixas* constituem, hoje, a MACRO-CRIMINALIDADE, que está, normalmente, escapando à ação do Poder Público, um tanto perplexo, desaparelhado, quando não insensível ou conivente, — e que não se tem mostrado em condições para uma tarefa de repressão à altura da importância das lesões produzidas.

O noticiário da imprensa diária é farto em detalhar espancamento de presos, violências de toda ordem, sonegação de alimentos básicos, golpes financeiros espetaculares lesando a economia popular, rios que são "mortos" pela poluição de resíduos industriais e nós, agentes do Ministério Público, se fizermos um balanço honesto de nossas atividades, na maioria dos casos, chegaremos à conclusão que a grande carga de nossas atividades residiu na apreciação de um hímen debitativo, na rixa inconseqüente de vizinhas, na troca de tapas de prostitutas embriagadas ou no resguardo de galinheiros violados no silêncio das madrugadas.

Nesta observação não vai nenhum canto do desencanto, mas, sim, um convite à meditação sobre a função e as perspectivas do Ministério Público nos dias que correm.

Na faixa dos DELITOS DE NATUREZA SÓCIO-ECONÔMICOS, nos quais agrupamos os Crimes contra a Organização do Trabalho, pinçamos o título deste trabalho, que se propõe, antes e acima de tudo, em servir de mote à lição dos doutos e colher a experiência e as opiniões dos preclaros Agentes do Ministério Público do Brasil.

II) — *A FRUSTRAÇÃO DO ASSEGURAMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DELITO, NO DIREITO BRASILEIRO*

No Direito Pátrio, a FRAUDE visando à frustração do asseguramento de Direitos Trabalhistas é regida pela legislação penal comum, fugindo da competência da Justiça do Trabalho.

Já na legislação penal anterior ao nosso Código Penal vigente, encontramos a capitulação de crimes relacionados com o Trabalho, inseridos no capítulo dos "Crimes contra a Liberdade do Trabalho" e nos "Crimes contra a Liberdade Individual."

Esses delitos, entretanto, diziam respeito, antes, ao "direito de trabalhar ou não trabalhar", relacionado com a paralização do trabalho, incitamento e prática de greve, do "lockout", coação pelos e contra empregados, etc. Em última análise, se constituiam em atos atentatórios à Ordem e à Paz Social, e sob este fundamento punidos, e não, propriamente, punição aos atos fraudatórios da relação contratual empregatícia.

O Código Penal Brasileiro, vigente atualmente, consagrou o Título IV de sua Parte Especial, aos CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO (Artigos 197 a 207), onde, além dos delitos previstos contra a livre participação associativa, o livre exercício do trabalho, o aliciamento de trabalhadores, a violência e a coação, tipificou, também a FRUSTRAÇÃO, mediante FRAUDE ou violência, de direito assegurado pela legislação do trabalho.

Em que pese todos sabermos do elevado número de expedientes fraudulentos que afloram nas Reclamações Trabalhistas, que são processadas diariamente, o número de processos-crime, alusivos a tais fraudes, são em número mínimo, praticamente inexistentes, — constituindo-se, sem dúvida, numa extensa faixa, — ao lado dos delitos ecológicos, — de quase absoluta impunidade.

É interessante observar que um consenso muito generalizado supõe que os diversos expedientes nitidamente fraudulentos, a miúdo utilizados nas relações empregatícias, como, por exemplo, — a falta de anotações ou anotações indevidas na Carteira de Trabalho, a obtenção de assinaturas em branco, para preenchimento posterior de documentos de quitação, a concretização de acordos que sabem previamente inexequíveis, entre outros, — seriam meros ilícitos civis, que se exaurem na reparação patrimonial e nas consequências de-

correntes da sentença e execução no processo trabalhista, — quanto muito sujeitos ao preceito do art. 9º da C.L.T.

A própria pobreza jurisprudencial e as lacônicas referências dos tratadistas penais sobre o art. 203 do C. Penal:

> "Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do Trabalho.
>
> PENA — Detenção de 1 mês a 1 ano e multa de Cr$ 2,00 a Cr$ 10,00, além da pena correspondente à violência."

— evidenciam o relativo esquecimento a que foi relegado um dos delitos que, apesar de expressamente e claramente tipificado no Código Penal, não tem merecido a devida atenção, nem a pena a que dá margem tem cumprido sua função social, de resguardo do direito individual e do interesse público.

III — *O TRATAMENTO PENAL DA FRAUDE TRABALHISTA*

Causa certa surpresa o tratamento que foi dado ao art. 203, se examinarmos o contexto das penas do nosso Código Penal.

Para as fraudes em geral, capituladas no art. 171 do C. Penal, sob a denominação genérica de ESTELIONATO, e caracterizado como a obtenção "para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento", a pena cominada é de UM a CINCO ANOS DE RECLUSÃO e multa de 0,50 a 10,00.

A falsidade ideológica, definida no art. 299 como omissão "em documento público ou particular, de declaração que nele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante", — é sujeita a uma pena de UM a CINCO ANOS DE RECLUSÃO e multa de Cr$ 1,00 a 10,00, se o documento é público e RECLUSÃO de UM a TRÊS anos e multa de Cr$ 0,50 a 5,00, se o documento é particular.

Enquanto isso, a FRAUDE na relação de trabalho, contemplada no art. 203, — ainda que dela se obtenha vantagem ilícita induzindo a outra parte em erro por ardil ou meio fraudulento (como no Estelionato, — art. 171) ou ainda que faça inserir declaração inverídica, dolosamente, por exemplo na Carteira do Trabalho, (como na Falsidade ideológica, — art. 299) — a pena será somente de DETENÇÃO de UM MÊS A UM ANO e multa de Cr$ 2,00 a 10,00.

Isso quer significar que a FRAUDE TRABALHISTA é contemplada, no sistema penal brasileiro, com especial complacência.

Será até lícito supor que a fraude e a falsidade no âmbito das relações trabalhistas se constitui numa circunstância atenuante ao Réu, dentro do nosso sistema penal.

IV — *A FRAUDE TRABALHISTA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO*

O Novo Código Penal — Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1973, com as modificações da Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, estabelece no art. 225:

> "Frustrar ou restringir, mediante fraude ou violência, direito assegurado ao Empregado pela Legislação do Trabalho."
>
> Pena: Detenção até um ano e pagamento não excedente a 20 dias-multa, além da correspondente à violência.

Como inovação, traz o desdobramento do art. 226:

> "Deixar o Empregador de observar, no estabelecimento ou local de trabalho, as prescrições legais e regulamentares relativas a medidas de higiene e técnicas de segurança do trabalho, atinentes à vida ou à saúde dos Empregados."
>
> Pena: Detenção até UM ANO e pagamento de 5 a 20 dias-multa.

É interessante notar que a FRAUDE em geral (estelionato) no novo Código, passou a ser penalizada com RECLUSÃO de DOIS a SETE ANOS e pagamento de 15 a 60 dias-multa, isto é, uma pena superior à cominada no atual Código; a falsidade ideológica, agora art. 329, continuou com a RECLUSÃO de UM a TRÊS ANOS e pagamento de 5 a 10 dias-multa, — enquanto isso a fraude trabalhista continua com o tratamento privilegiado, considerando lhe ser cominada a pena de *detenção* de até UM ano.

Observe-se que a nova lei restringe bastante a aplicação da figura delituosa capitulada como Fraude à obtenção de direito Trabalhista, tanto no que tange à espécie de relação jurídica protegida, como em relação ao sujeito.

A) *QUANTO À ESPÉCIE DE RELAÇÃO*

No que tange à espécie de relação jurídica protegida especificamente pelo art. 203 do C. Penal atual, para a relação que visa o art. 225 do Código Penal Novo, há uma diferença fundamental a ser considerada.

Atualmente a lei visa a fraude que frustar o DIREITO ASSEGURADO PELA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO, enquanto o texto novo refere-se expressamente a DIREITO ASSEGURADO AO EMPREGADO PELA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO.

Acrescentou-se, então, a palavra EMPREGADO, parece que visando restringir o campo de aplicação da lei penal.

Será exigida, com o novo Código Penal, uma relação *empregatícia* para que a tipificação penal ocorra. Isto significa, sem nenhuma vantagem aparente, uma restrição injustificada ao campo de aplicação da Lei. Significa a exclusão de todas as relações de trabalho que não configurem, especificamente, uma relação de Emprego.

Não abrangerá mais as relações de trabalho decorrentes da legislação que regula a atividade do vendedor autônomo, como excluído estará o empreiteiro.

Por *legislação do trabalho*, no Código Penal Vigente, se há de entender, salvo melhor juízo, a expressão no seu sentido "lacto sensu", como conjunto de normas que regulam as relações do trabalho, com ou sem vínculo empregatício.

Com a redação da nova lei penal, excluída está a possibilidade de incorrer na capitulação do delito as Partes que formarem uma relação jurídica decorrente de relação do trabalho, mas sem vinculação empregatícia.

B) — *QUANTO AO SUJEITO*

Com a nova redação da Lei Penal excluída está, também, a possibilidade de incorrer o EMPREGADO em delito de frustração fraudulenta de direito assegurado pela legislação trabalhista. Passa a ser um delito exclusivo do EMPREGADOR. Parece ter passado despercebido do legislador que o EMPREGADO também poderá usar de expediente fraudulento para frustar direito do Empregador ou tornar mais diente fraudulento para frustrar direito do Empregador ou tornar mais vantajosa sua posição no processo trabalhista.

Esta expressão "EMPREGADO", inserida no texto da nova lei penal pode-nos levar, inclusive, à seguinte situação concreta:

1) — Se o Empregador altera de qualquer forma fraudulenta o documento pelo qual concedeu o AVISO PRÉVIO ao Empregado, responde aquele por Crime contra a Organização do Trabalho, nos termos do art. 225, sujeito à UM ANO DE DETENÇÃO e processado pela Justiça Federal;

2) — Se é o Empregado quem altera de qualquer forma fraudulenta o documento pelo qual concedeu

> o aviso prévio ao Empregador, responderá ou por crime de Estelionato, sujeito até SETE anos de RECLUSÃO ou crime de Falsidade ideológica, sujeito a TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, e processado pela Justiça Estadual.

Parece-nos, inclusive, que a inclusão da palavra EMPREGADO, no texto do art. 225 do novo diploma substantivo penal encerra flagrante violação ao princípio constitucional de igualdade de todos perante a lei.

V — *A FRAUDE TRABALHISTA NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS*

Os penalistas brasileiros, em geral, são muito lacônicos em comentar as disposições do art. 203 do C. Penal.

O Insigne MESTRE HUNGRIA, em seus alentados Comentários ao Código Penal, em nove volumes, dedicou pouco mais de uma página à fraude trabalhista, praticamente relacionando, somente, os direitos assegurados pela C.L.T., no que se valeu da enumeração de JORGE SEVERIANO, que tivera a paciência de "espiolhá-los" do texto da lei, como refere textualmente o Autor. Esclarece-nos HUNGRIA que o MEIO EXECUTIVO do crime pode ser a violência como a fraude, — e que por FRAUDE se entende todo o ardil empregado para induzir alguém em erro ou tomar "aliud pro alio".

JORGE SEVERIANO, referido por HUNGRIA, autor de "Dos Crimes e das Infrações no Direito do Trabalho", sustenta a existência de um DIREITO PENAL DO TRABALHO, como existe um Direito Penal Militar, com foros de autonomia, que não encontrou eco na Doutrina Nacional.

HELENO FRAGOSO, nas "Lições de Direito Penal" (Vol. II, pág. 463) sustenta, apreciando o art. 203 do C. Penal, que se trata:

> "— de disposição penal excessiva e desnecessária, pois os direitos que visa proteger já encontram nas leis trabalhistas eficiente remedium juris."

Em que pese a autoridade do renomado Mestre, afigura-se-nos que incidiu em equívoco ao subscrever a assertiva retro. As "leis trabalhistas" asseguram o recebimento dos CRÉDITOS decorrentes da relação empregatícia, mas não promovem, por não ser de sua competência, a punição da FRAUDE, — ou da violência, que visem frustrar a sua concretização.

Refira-se que esta idéia de que os créditos trabalhistas se exaurem na aplicação da Justiça Trabalhista em si, através da condenação patrimonial, encontrou guarida em manifestações da jurisprudência.

Assim, a Egrégia 1ª Câmara do Tribunal de Alçada de S. Paulo, quando a competência ainda era da Justiça Comum Estadual, através do Ac. 4.474 (In Rev. Trib. 229/415) decidiu não se considerar fraude o contrato de "experiência" obtido pelo Empregador do Empregado que já era, inclusive, estável, — pois o direito seria irrenunciável.

Data vênia, discutível tal conclusão, pois a fraude consistia, exatamente, na execução de um ardil, levando o Empregado a, erroneamente, considerar inexistente o seu direito. O fato de, eventualmente, ver o Empregado reconhecido seu direito pela Justiça do Trabalho, não exclui o dolo do Empregador, pelo menos na tentativa de frustrar a obtenção dos direitos trabalhistas.

Também a Egrégia 2ª Câmara do Tribunal de Alçada de S. Paulo, através do Ac. 2.788 (In Rev. Trib. 215/225) reconhecia, como de Direito que,

> "Tendo sido o R. condenado na Justiça Trabalhista, a indenizar a vítima, não se pode falar que o documento desta, fraudulentamente obtido, isentando-o de obrigações assumidas, tenha frustrado direito assegurado pela legislação do trabalho. Se o direito assegurado pela legislação do trabalho é passível de renúncia segue-se que não pode ser frustrado por um documento fraudulentamente obtido e o que estabeleça essa renúncia."

A se acolher a tese deste respeitável Acórdão, em última análise, nos poria diante da existência *de crime impossível* na tipificação do art. 203 do C.P., pois se a Justiça do Trabalho julgar a Reclamatória *procedente*, estaria desfeita a possibilidade de ser imputável o crime referido, já que não teria havido *frustração* no recebimento do crédito; — se a ação fosse julgada *improcedente*, — de duas uma: ou não existiria o crédito, e daí não haveria, também como cogitar-se de "Frustração", pois seria a frustração do inexistente, — ou, então, a própria decisão trabalhista concluiria pela inexistência de violência ou fraude; — em qualquer das hipóteses estaríamos diante da impossibilidade de imputação do delito.

E parece que a tese não pode subsistir porque a decisão trabalhista favorável ao Empregado, não obsta o reconhecimento de fraude (ou violência) anterior, visando causar obstáculos, ou frustrar o recebimento ou reconhecimento do direito trabalhista. Como bem ensina MAGALHÃES NORONHA (In Direito Penal, vol. 3/76), o delito se consuma é no momento em que se opera a frustração, isto é, em que o titular é impedido, obstado ou privado de exercê-lo.

O reconhecimento posterior, decorrente de sentença na Justiça do Trabalho, não opera a isenção de responsabilidade criminal.

Note-se, ainda, que o direito que se pretende frustrar, pela fraude ou violência, pode ser decorrente tanto de disposição da lei, como decorrente de convenção coletiva ou sentença normativa.

Em oposição à corrente jurisprudencial antes citada, que praticamente transforma o delito do art. 203 em "crime impossível", há inúmeros arestos que denotam a sensibilidade de Tribunais Pátrios para o grave problema da fraude nas relações trabalhistas.

Já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de S. Paulo, por sua 1ª Câmara (Ac. 7.412, in Rev. Trib. 254/392) que

> "Despedir o empregado imediatamente, adiantando-se ao término do prazo do pré-aviso, com o fito de pagar-lhe as indenizações próprias, na base do salário que, por direito, o empregado viria a perceber dentro do próprio prazo do aviso, constitui o meio executivo da fraude, engendrada para frustrar direito que a legislação do trabalho reconhece."

E ainda, através de sua Egrégia 2ª Câmara, o mesmo Tribunal de Justiça (Ac. 32.894, in Rev. Trib. 193/78), decidiu que

> "Comete crime contra a organização do Trabalho quem, para obstar a execução de decisão judicial em feitos trabalhistas, conclui maliciosamente, acordos inexequíveis, com seus empregados e deixa, posteriormente, de cumpri-los no devido tempo."

Decisões como estas alinham-se ao pensamento de CESARINO JR., que, em Conferência proferida na Faculdade de Direito de S. Paulo, (Rev. Forense 94/448), lembrava, com a acuidade e brilho que lhe são peculiares que

> "a proteção dispensada ao economicamente fraco favorece ao economicamente forte, indiretamente, pela paz social que assegura."

VI — *O PROCEDIMENTO PENAL INDEPENDENTE DO PROCEDIMENTO TRABALHISTA*

Não raro, dos comentários e decisões sobre o art. 203 do C. Penal, pode nos restar a impressão que, para configuração do delito seja necessária a prévia manifestação da Justiça do Trabalho, para caracterizar a existência ou não do crédito trabalhista, se regido pela CLT, — ou do Juiz competente para apreciar a relação de trabalho, sem vínculo empregatício, se se admitir que a "legislação trabalhista" referida no texto do art. 203, deva ser interpretada em sentido amplo.

Parece-nos, entretanto, ser lícito concluir que tal não ocorra.

No sistema vigente o procedimento penal poderá ser alicerçado em inquérito policial que anteceda ao procedimento trabalhista; poderá ser concomitante e poderá ser posterior.

A falsidade documental, visando fraudar direito trabalhista, será tipificado como definido no art. 203 do C. Penal, e essa falsidade poderá ser constatada independente da manifestação do tribunal especializado.

Inclusive poderá não ser mais reconhecível o direito do Empregado, em decorrência da prescrição bienal, no âmbito da Justiça do Trabalho, mas não estar prescrita a ação criminal, que, no caso, prescreverá em *quatro* anos, nos termos do Art. 109, inciso V, do C. Penal.

VII — *A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS FRAUDES TRABALHISTAS*

O Ato Institucional nº 2, de 1965, em seu art. 6º, deu nova redação ao art. 105 da Constituição de 1946, estabelecendo na letra "g" desse artigo, a competência dos JUÍZES FEDERAIS para processar e julgar os Crimes contra a Organização do Trabalho. A mesma disposição foi mantida através do inciso VI do art. 125, da Constituição Federal de 1967 e o preceito foi mantido pela Emenda Constitucional nº I, de 1969.

Cabe, assim, à JUSTIÇA FEDERAL COMUM o processamento dos delitos contra a Organização do Trabalho, inclusive o art. 203 do C. Penal, que é objeto mais especificamente das presentes considerações.

A fixação dessa competência pode ter contribuído, ainda mais, para que o art. 203 do C. Penal, seja, como processo, uma raridade.

Instalada somente nas Capitais, com deficiência de pessoal e condições materiais precárias, é a Justiça Federal Comum, a despeito do zelo e esforço de seus Magistrados e Funcionários, o setor da Justiça Brasileira mais desaparelhado, — não tendo condições de ministrar uma Justiça rápida e eficaz, para coibir os abusos ocorrentes nas relações entre Empregadores e Empregados e que extravasam da simples satisfação patrimonial e incursionam sensivelmente no campo delitual.

Nota-se, além do mais, uma falta de maior coordenação entre a Justiça Federal Comum e a Justiça do Trabalho, capaz de assegurar um obstáculo à quase completa impunidade, constatável hoje, quanto aos delitos alusivos às fraudes trabalhistas.

Talvez se possa acrescentar ainda, como fator negativo, a ausência de um Ministério Público de Primeira Instância, na Justiça do Trabalho.

Com a vigência do novo C. Penal a mesma situação teremos quanto à impunidade dos delitos contra a segurança e higiene do trabalho, devidamente tipificados pelo Art. 226, já antes referido.

VIII — *A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS PELOS DELITOS CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO*

É lícito concluir que um dos motivos da quase absoluta impunidade reinante neste terreno da delinqüência moderna, há de ser creditado à irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas. Normalmente os Autores dos atentados à Organização do Trabalho, e muito especialmente os Autores das FRAUDES TRABALHISTAS são as *Empresas*.

Assinaturas em branco são colhidas dos Empregados para com elas serem forjados recibos futuros; pedidos de demissão são colhidos dos empregados no ato da admissão; Carteiras do T. e P. Social são, com intensão dolosa, incorretamente preenchidas, procurando lesar o empregado, o Instituto de Previdência Social, FGTS e Imposto de Renda, e, ao se responsabilizar o Autor ou Autores, nos encontraremos frente à EMPRESA, senhora toda poderosa e irresponsável. Quanto muito se obterá o reconhecimento da prática, atribuída a preposto — sempre um empregado subalterno, que será considerado desautorizado pela Direção para proceder como procedeu.

O legislador brasileiro, espelhando a doutrina pátria, tem relutado em aceitar a *realidade* da nova ordem sócio-econômica vigente, — onde a impunidade da Pessoa Jurídica se constitui em fator importante para o esmagamento crescente do Homem-Indivíduo.

Já em 1953, o VI° CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL, em Roma, concluia, entre outras disposições sobre o *Direito Social-Econômico*, que,

> "3-b. — A repressão destas infrações requer uma certa extensão da noção de autor e das formas de participação, assim como a faculdade de aplicar sanções penais às pessoas jurídicas."

Registre-se que o nosso Código Penal de 1940 atribuindo a aplicação da "medida de segurança" à Pessoa Jurídica, (art. 99) — impunha-lhe uma medida de caráter penal por excelência, — sem entretanto aceitar a responsabilidade penal da mesma.

A aplicação de sanções penais à Pessoa Jurídica que transgride normas penais, — especialmente no que tange aos delitos contra a Organização do Trabalho, afigura-se uma necessidade premente, indispensável à real aplicação do texto legal e obtenção do equilíbrio social.

CONCLUSÕES:

Do exposto permitimo-nos apresentar as seguintes conclusões:

I — Que a tutela plena das relações decorrentes do Trabalho, pressupõe atividade mais ampla que o simples reconhecimento de créditos de natureza patrimonial, permitindo concluir que nesse mister devem ser também abrangidas a prevenção e a punição dos delitos e contravenções, decorrentes da atividade das Partes, na relação trabalhista;

II — Que os Juízes e Tribunais Trabalhistas devem, sempre se se vislumbrar a existência de fraude ou violência, no curso da Reclamatória, enviar as peças necessárias à denúncia ao Ministério Público competente, sendo de bom alvitre que tal disposição viesse expressa no texto da nova Consolidação das Leis do Trabalho, ora em elaboração;

III — Que seja alertado o legislador brasileiro, no que tange à redação que o Novo Código Penal Brasileiro dá ao art. 225, porque, — pela mesma infração, — vai apenar o Empregado mais severamente que o Empregador, além de restringir o campo de aplicação da lei penal, limitando-a à relação empregatícia.

IV — Faz-se necessário promover a possibilidade de aplicação de sanções Penais às Empregadoras constituídas como Pessoas Jurídicas, para que a lei penal tenha o alcance indispensável para assegurar a proteção individual e a paz social.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O CONCEITO DE INFANTICÍDIO EM O NOVO CÓDIGO PENAL: SIMPLES RENOVAÇÃO COM INVOLUÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Joubert Câmara Scala
Subprocurador da Justiça — AL

ETIOLOGIA DO INFANTICÍDIO: Se fossemos perquirir, pesquisar e analisar a origem do delito de infanticídio, possivelmente que sofreríamos o perigo de perdermo-nos na noite dos tempos, dada a sua antiguidade; quase que nos autorizamos em afirmar que o infanticídio é tão antigo quanto o próprio homem, como o é o homicídio, do qual é espécie.

O que de início nos chama a atenção, é precisamente o fato de ter sido o infanticídio encarado de maneira e modo tão diverso nas legislações penais dos povos quiçás como nenhuma outra figura delituosa.

Outrossim, essa variação de tratamento penal não ocorre apenas no tempo, mas até mesmo dentro de um só lapso de tempo, variando apenas de espaço, ao sabor das convicções jurídicas de cada povo, numa demonstração inequívoca de que não se formou uma consciência universal.

Confirma-se assim, irretorquivelmente, que o que mais angustia o homem moderno é precisamente conscientizar-se de que os valores, mesmo os jurídicos e os éticos, não são imutáveis, determinando a circunstância de que uma conduta hoje tipicamente criminógena, possivelmente não o será amanhã.

Assim, houve época na antiguidade em que o tratamento penal se apresentava não só rigoroso, como inclusive, para nós outros, bárbaro, pois, o encarando apenas sob o ponto de vista da vítima indefesa, a pena cominada era a de morte do agente criminoso, equiparando-se o infanticídio ao parricídio.

Paradoxalmente, se no Direito Romano mais antigo esse era o tratamento penal para a mãe delinquente, com relação ao pai que cometesse idêntica ação, matando o infante, havia impunibilidade em face da "amplitude que lhe advinha da *patria potestas*", como nos ensina Frederico Marques.

Certo é que ao tempo de Justiniano, nas lições de Cuello Calon, desapareceu o direito de vida e de morte consagrado no pater familias, passando o infanticídio a ser tratado penalmente como crime de homicídio, impondo-se sanções as mais rigorosas.

Também no direito dos povos da idade média, não havia diferenciação no tratamento penal entre o infanticídio e o homicídio. A exemplo dessa afirmação, o Fuero Juzgo mandava que tanto a mulher quanto o marido que cometessem o infanticídio fossem punidos com a morte ou a cegueira. Ratificando a afirmação, ainda citamos o tratamento penal contido na Ordenança Penal de Carlos V — "Carolina", que em seu art. 131, para as mulheres que matassem, "secreta", voluntária e perversamente os filhos que dela receberam vida e membros", determinava que fossem enterradas vivas e empaladas.

A despeito dos gritos de Beccaria e o profundo iluminismo de Von Liszt, com ressonâncias favoráveis em outros ordenamentos jurídicos, que minoravam as penas do infanticídio, o Code Pénal Francês de 1810 manteve a pena de morte para tal delito. Patenteando a nossa afirmação quanto à variação de tratamento penal do infanticídio, na própria França, em 1901, foi o ordenamento jurídico penal indulgente para com a mãe infanticida, enquanto para com os demais autores do mesmo crime era aplicada a mesma pena do homicídio. No governo coolaboracionista de Vichy, através lei de 1941, equiparou mãe infanticida os outros autores do crime, ficando sujeitos a prisão variável de 3 a 10 anos de reclusão. Consoante Êmile Garçon, Code Pénal Annoté e Robert Vouin — Précis de Droit Penal Spécial, esse novo tratamento penal teve por finalidade tornar mais segura a repressão, com a subtração do julgamento pelo tribunal do juri. Mas não se esgotou aí a diversidade de tratamento ao infanticídio em França, dês que em 1954 o sistema praticamente se tornou análogo ao estabelecido em 1901.

Em Portugal, seu Código Penal de 1852, punia o infanticídio com pena de morte.

2 — *LEGISLAÇÃO PÁTRIA:*

Entre nós, não se fez exceção à regra geral, variando o tratamento penal no tempo com bastante intensidade, embora sempre fosse tratado o infanticídio como delito previlegiado.

A exemplo, tivemos o Código Criminal de 1830, no império, seguindo-se o de 1890, da República e por fim o em vigência de 1940.

Impõe-se lembrar que tanto o Código de 1830, que se inspirou na orientação preconizada pela escola de direito natural, quanto o de 1890, faziam do infanticídio um delito de tal sorte previlegiado, ao admitir inclusive que outrem, que não a mãe, o houvesse cometido, diretriz essa de todo errônea e iníqua.

O Código de 1940 corrigiu tal diretriz, fazendo do infanticídio um delito além de previlegiado, autônomo.

3 — *INOVAÇÃO OU RENOVAÇÃO:*

Disciplinando o futuro Código Penal em seu art. 121 "Matar a mãe o próprio filho, para ocultar sua desonra, durante ou logo após o parto".

E como o atual ainda em vigência ministra em seu art. 123: "Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após".

Parece-me oportuno indagar se o novo Código inovou ou apenas renovou.

Tenho para mim que, inquestionavelmente, não houve qualquer poder de criatividade do legislador de 1973.

Essa afirmativa tem por suporte factual a circunstância de que, mesmo no direito penal positivo pátrio, o infanticídio *honoris causa* deixou de ser novidade, vez que, tanto o Código de 1830, em seu art. 198, quanto o de 1890, no articulado sob nº 298, ambos acompanharam o motivo da honra como elemento tipificador do crime.

Em tais circunstâncias e para não citar o direito estrangeiro, conclue-se, sem tangiversicações, que o legislador de 1973 não inovou, mas simplesmente renovou conceitos que, vigentes no império e posteriormente na República até 1940, foram repudiados a partir desta quarta década do século XX, para, sem que possamos encontrar melhores razões de ordem jurídica, voltar-se a um passado já bem distante.

E se afirmamos que não pudemos encontrar melhores razões para essa guinada ao passado, é porque, lendo a exposição de motivos do Ex-ministro Gama e Silva, apenas nos dá ele notícia da mudança

de conceito do crime de infanticídio, sem adicionar ao noticiário as razões dessa posição conceitual do legislador.

4 — *EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO:*

Bem o sabemos que o legislador de 1940, alijando do Código o conceito de *honoris causa* como tipificador do delito de infanticídio adotou, causas biopsíquicas e fisiopsíquicas para tipificar o delito.

Com tal conceito, o infanticídio se apresenta, irretorquivelmente, como *lex specialis* em relação ao preceito geral do homicídio previsto no art. 121, vez que situava-se em preceito destacado, constituindo-se em uma figura autônoma, configurando-o como *delictum exceptum*.

Embora mudando de conceito, temos que admitir que a tipificação do delito de homicídio, em certos aspectos, guarda a mesma tipificação quer quanto à qualidade do sujeito da ação, quer quanto à circunstância de tempo.

Em verdade, quer no infanticídio *honoris causa* adotado pelo legislador de 1973, quer no infanticídio biopsíquico e fisiopsíquico (sob a influência de estado puerperal), o sujeito da ação há que ser mulher, e que se fez mãe por haver tido um filho. Neste aspecto, os Códigos de 1940 e de 1973 não discreparam.

Se é certo que alguns doutrinadores admitam a figura da co-autoria, em obediência ao preceito geral do art. 25 do Código de 1940, embora verificando a autonomia do crime e por isso mesmo reconhecem que essa participação há que ser meramente acessória, tenho para mim, como posição doutrinária que tomei, não aceitar que outrem que não a própria mãe possa ser admitido como agente do crime.

Também, com relação à circunstância de tempo, literalmente os legisladores não discreparam, quer aqueles que inocularam o motivo *honoris causa* quer os outros que seguiram o conceito do infanticídio biopsíquico, isto porque a expressão "durante o parto ou logo após", é comum a ambas as hipóteses.

Mas, há de se convir, embora literalmente não ocorra discrepância, doutrinariamente, porque o estado puerperal nada tem em comum com a ocultação da desonra, a exegese pertinente à circunstância de tempo, se não pode divergir quanto ao momento e durante o parto, bem o pode com relação ao "após o parto".

É que o estado puerperal, *causa finalis* do homicídio biopsíquico que adotou o legislador do Código de 1940 pode ser contado no tempo e no espaço, se não pelos advogados, mas precisamente pelos médicos legistas. Cessada a influência do estado puerperal, ou na hipótese do puerpério não ter causado alterações no estado bio-psíquico da mãe, determinando-lhe alterações na sua capacidade do perfeito entendimento, não havia que se falar em infanticídio.

Assim, a circunstância de tempo contida no "logo após o parto", era comensurável se decorrente do estado puerperal, tanto podendo ser interpretada como ocorrida de fato imediatamente após o parto, como admitida muitas horas após, a quiçás dias, se perdurasse tal estado puerperal, a critério dos legistas.

Penso que a mesma interpretação não poderia ser dada no infanticídio *honoris causa*.

Em primeiro plano porque a deshonra é um estado latente, perdura ou pode perdurar por longo tempo, é incomensurável.

Mas, há de se convir, disciplinando o legislador que constitue infanticídio matar o filho durante ou logo após o parto, havemos de nos render à disposição literal, para não admitir que motivos de honra houvesse para a mãe que matasse seu filho algumas horas após o parto.

Para se configurar o delito, mais uma vez teríamos que nos valer dos médicos legistas, para precisar a circunstância de tempo "logo após".

Com essa exigência do legislador de 1973, pretende-se comensurar a honra, dando-lhe os limites estreitos contidos no "logo após o parto". E como consequência óbvia, a mãe, mesmo que pretenda ocultar a desonra, venha a matar seu próprio filho horas após o parto, já não pode invocar o *delictum exceptum* do infanticídio, sendo-lhe imputado o crime de homicídio.

Entrementes, a profunda diferenciação conceitual entre o legislador de 1940 e o de 1973, reside precisamente na *causa finalis* que constituem um e outro infanticídio.

Adotando o legislador de 1973, o infanticídio honoris causa, repudiou aquele outro tipificado pelo estado puerperal que alterava o biopsíquico e o fisio-psíquico da mulher durante o trabalho de parto.

Em resumo, como consequência desastrosa que a mim se afigura, nega o legislador uma verdade puramente científica, pretendendo que a ciência do direito se situe em compartimento estanque, negando a interdependência das ciências, ignorando que as ciências se enriquecem mutuamente, buscando noutras os princípios científicos mais salutares, porque verdadeiros.

Os ensinamentos de celebridades do mundo médico, que de forma uníssona, atestam que o estado puerperal pode causar profundas modificações no estado mental, gerando comoção, suprimindo a reflexão e a capacidade de auto-determinação e toda uma sorte de transtornos psíquicos, tais como Westhal, Pellegrini, Koning, Gleispach, Krafft, Ciampolini, e tantos outros, simplesmente foram esquecidos e rele-

gados a uma insignificância como se constituissem meras futilidades ou criações cerebrinas, sem fundamento científico.

Lamentavelmente, a mãe que, sob o estado puerperal causador de uma perturbação bio-psíquico, que lhe reduz ou lhe venha a tirar a auto-determinação, mesmo que momentânea, passageira, há que responder por crime de homicídio, exigindo-se-lhe a plena consciência do comportamento, da ação, da determinação, do entendimento.

Desprezou-se, assim, conceitos objetivos, porque calcados em princípios e verdades, para abraçar-se outros meramente subjetivos, porque relativos à honra.

Inquestionavelmente, nos meios forenses, prevê-se já acirradas batalhas jurídicas, isto porque os advogados, privados que estão de levantar em defesa de suas constituintes, o delito privilegiado do infanticídio, indubitavelmente enveredarão pela excludente da irresponsabilidade penal.

O que ainda se me afigura de mais iníquo e porque não dizer, injusto, é que na atual conceituação do infanticídio, o legislador comportou-se de forma sectária, não mais admitindo, como o faz o legislador de 1940, que o agente do delito de homicídio fosse qualquer mãe, desde que sob o estado puerperal, matasse seu filho durante ou logo após o parto.

No infanticídio honoris causa, parce-me óbvio, somente as mães solteiras, são agraciadas pelo delito privilegiado.

E é muito fácil concluir-se e seguir-se esse entendimento, partindo-se da própria causa final que tipifica o delito, porque, na conformidade do estatuido no art. 123, constitue infanticídio:

> "Matar a mãe o próprio filho, para ocultar a desonra, durante, ou logo após o parto."

Como corolário lógico, quem não tem desonra para ocultar, não pode se inserir no delito tipificado.

Assim, as mulheres casadas civil ou religiosamente, as que vivem em regime de concubinato, maritalmente, como não tenham porque se sentir desonradas com o nascimento de um filho, jamais serão sujeitas no delito de infanticídio, precisamente porque a união delas com o homem é de domínio público e não seria a concepção de um filho, resultante dessa união conhecida que iria se configurar como desonra.

Mas, o sectarismo do legislador de 1973 não se restringiu em não admitir as mulheres casadas, em concubinato, ou simplesmente amasiadas como agentes do crime de infanticídio, não, foi mais além. Mesmo as mães solteiras, que já tenham concebido um filho, lastima-

velmente, porque um outro filho a ser expulso de seu útero não pode mais ser invocado o motivo de ocultação da desonra, conseguintemente, não poderão ser agentes do delito autônomo e privilegiado do infanticídio, passando a responder pelo crime de homicídio, isto, evidentemente, dentro da mais perfeita doutrina.

E como se não sobrasse razões jurídicas, valemo-nos de outro argumento que se nos afigura convincente, para demonstrar a involução que se registra com a renovação de conceitos já relegados à uma consciência jurídica ultrapassada.

Como sabemos, o aborto, que terminologicamente deveria ser abortamento, previsto no art. 126 do Código Penal vigente, quando necessário, o Estado se desinteressa de sua pretensão punitiva, admitindo uma única hipótese estribada na honra, quando a gravidez é resultante de estupro. E só. Assim, as demais hipóteses de ocultação da desonra, por não serem contempladas, não aludem a criminalidade, nem excluem a punibilidade.

Permitindo o legislador que se pratique o infanticídio, matando-se agora não apenas o feto ou o embrião, mas o filho nascido da mulher com vida, para ocultar desonra, conflita-se violentamente com os preceitos jurídicos encarnados no crime de aborto.

Essa contradição, ademais, retira do Código Penal a sua unidade conceitual e doutrinária.

Resumindo as nossas considerações, onde procuramos definir a nossa posição doutrinária, chego a uma conclusão, a de que, não tendo havido inovação, do legislador de 1973, ao dar novo conceito ao crime de infanticídio, mas apenas uma renovação da doutrina que adotada desde 1830, fora relegada pelo legislador de 1940, ao invés de evoluirmos, com a volta ao passado, uma perfeita e definida involução doutrinária adotando-se como causa final do infanticídio, a circunstância tipificadora da *honoris causa*.

De exposto, propomos que, ouvido o douto plenário do Congresso, se aprovado, proponha-se a Sua Excelência o Ministro da Justiça, e quem mais de direito, a manutenção da figura criminal do infanticídio estabelecido na lei substantiva penal vigente, prevista no art. 123, retirando-se a esdrúxula definição legal constante do art. 121 do projeto do novo Código Penal.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E JURÍDICO PENAIS DOS ENTORPECENTES

Humberto S. Lisboa
Promotor Justiça (Baependi)

SUMÁRIO: Introdução. Droga: Liberdade ou Prisão. Toxicomanias e Criminalidades. Aspecto Físico-Médico da Toxicomania. O Uso de Entorpecentes em Face do Código Penal. Aspecto Social da Toxicomania. Aspecto Moral da Toxicomania. Aspecto Econômico-Financeiro da Toxicomania. Aspecto Jurídico-Legal da Toxicomania. Conclusão e bibliografia. Bibliografia básica e complementar.

O termo "entorpecer", que costuma ser empregado para designar certa categoria de substâncias nocivas à saúde, tem-se apresentado com enormes dificuldades quando desejamos fixá-lo dentro de um conceito, ou, mesmo, quando pretendemos circunscrever o campo de ação a que se aplica. Não o definem nem as leis, nem as convenções, que a ele se referem, mas se limitam a enumerar uma série de produtos considerados dessa natureza. *ENTORPECER*, em seu sentido comum — e o mesmo se diga da expressão "narcóticos" — é causar torpor; é tirar a energia, desalentar, adormecer, retardando ou suspendendo os movimentos. Uma observação indispensável para levar a bom termo o problema que nos ocupa é a de que a noção de entorpecente deve ser aferido à luz dos quatro aspectos em que pode ser considerada: o estritamente químico; o médico; o criminológico e jurídico penal. Entretanto, não obstante os aspectos supra relacionados, torna-se mister ainda, tecer alusões a outros aspectos complementares na abordagem da questão, pela relevância e magnitude.

Razão pela qual o nosso trabalho torna-se mais extenso na análise conjunto da magna questão, em face da sua complexidade.

Como e por que se torna alguém toxicômano? As causas que arrastam ao vício o indivíduo são diversas, sobressaindo, pela sua relevância, os tratamentos médicos, em que se empregam entorpecentes. Abramos um parênteses. Dizem os abalizados G. STERN e CH. VAILLE, "não há provavelmente um só indivíduo que submetido a um tratamento mais ou menos prolongado por estupefacientes, não se torne toxicômano" (Aspectos-Sociais-Médicos das Toxicomanias, cit., pág. 63).

E os espíritos de imitação, ou a circunstância proveniente da curiosidade, aliados ao proselitismo de outros viciados, que atinge especialmente os jovens. Assim é que baseado na sua longa experiência científica, adverte H. W. MAIER que "um só cocaínômano é capaz, no espaço de várias semanas, de submeter à sua paixão dúzias de pessoas que, até então, não haviam tido a menor idéia da cocaína" (ob. cit., pág. 443).

Inadimissível ou não! Perfeitamente admissível a assertiva do abalizado autor. Indaga-se, também, sobre o papel exercido pela constituição individual na gênese das narcomanias, e, a esse respeito, distingue-se dois grupos: o dos toxicomaníacos ocasionais, ou acidentais, levados ao hábito pela influência de fatores exclusiva ou preponderantemente exógenos; e os toxicomaníacos constitucionais, que apresentam irresistível propensão ao vício.

Num fala-se em *"toxicofilia"*; noutro, em autêntica *"toxicomania"*. A distinção pode ser mantida com cautela, evitando o exagero a que chegam os autores com monótona insistência, quando reduzem as causas do vício às puramente acidentais (em que se destacam as terapêuticas) e às psicopatológicas. De qualquer modo, generaliza-se perigosamente, "não é intoxicado quem quer" (são palavras candentes de Afrânio Peixoto, Criminologia, 3ª ed., pág. 190).

Trata-se, parece-nos, de um reflexo da chamada "doutrina da degeneração", que tanto prestígio teve em fins do século passado como explicação da criminalidade, e que ainda hoje, bastante combalida, já continua a insinuar-se em nossos domínios. Excetuados os casos em que as propriedades intrínsecas da droga explicam com exclusividade a aquisição do vício, o que ocorrerá principalmente nas toxicomanias de origem terapêutica, admite-se mesmo que o veneno, em regra, não seja por si só suficiente para acorrentar o indivíduo, mas que a ela deva aliar-se um componente químico, digo, psíquico. Assim, adverte JEAN THUILLIER, o poder de sedução de narcótico "não é analisável unicamente pela fisiologia, nem pelo estudo farmacológico. Está ligado à condição humana e ao desejo do homem de se subtrair" (ob. cit., pág. 7).

Eis porque, tratando do nosso problema da maconha, insiste *DÉCIO PARREIRAS* sobre a grande importância da constituição individual no desenvolvimento do canabismo.

"A embriaguez canábica atinge preferencialmente os indivíduos introvertidos, os que tem pouca relação com meio ambiente". (Canabismo ou Macanhismo — ob. cit., pág. 263).

Contestável, apenas, afirmar-se que a verdadeira toxicomania seja sempre o efeito de um distúrbio psiquiátrico. "Os bebedores e os toxicômanos", assinala o notável *ALVES GARCIA*, "são em geral, indivíduos bem constituídos mentalmente, inteligentes, sensíveis, ternos". A volúpia tóxica, acrescenta, corresponde a "uma necessidade de natureza puramente instintiva e afetiva, intimamente ligada à vida sentimental, na qual ela desempenha papel compensador e de substituição" (obra cit., pág. 384; GOODMAN E GILMAN, ob. cit., pág. 224).

DROGA: LIBERDADE OU PRISÃO

É verdade que quando nos propusemos a elaborar o trabalho monográfico, jamais pretendíamos doutrinar pessoas ou orientar delinquentes. Sentimos que fazia-se necessário nascer uma experiência nova no que diz respeito a disseminação na DROGA, no hinterland nacional e mundial.

No entanto, existem certas drogas raras, ou melhor enfatizando, de pouco consumo no mercado nacional. Entendemos que o homem somente torna-se livre, quando embrenha-se em decisões "conscientes", razão primordial de nosso modesto trabalho monográfico à guisa de ilustração a todos sobre o campo da droga.

TOXICOMANIAS E CRIMINALIDADE

É ponto insuscetível de dúvida que o abuso de tóxicos constitui poderoso fator de desagregação individual, familiar e, por via de consequência, se apresenta como um dos grandes males sociais. Seja qual for a substância utilizada, surgem de regra, como efeitos comuns, a decadência física e espiritual do viciado; a perda do equilíbrio mental e da vontade, a anestesia do senso ético. Assim, é que obsecado pela procura da droga, ele negligencia o cumprimento dos deveres para consigo mesmo, para com à sua profissão, sua família, para com a vida social; caminha rapidamente para o desequilíbrio financeiro, se não para a verdadeira miséria. Sofre, às vezes, desvios de natureza sexual, ou transmite sua tara à própria descendência. Transforma-se, além disso em centro de propagação ou propagador

do vício, levando contágio àqueles que o cercam. Enfim, é como adverte *SKODA*, mesmo após uma cura de desintoxicação completa, o toxicômano muito dificilmente se reintegra na ordem social normal.

No entanto, tópico bastante importante é o relativo a posição dos tóxicos como fator de aspecto criminógeno. Para realizar, um estudo realmente completo da questão que nos ocupa, será preciso distinguir, antes de tudo, quatro situações, estendendo as pesquisas e o nosso trabalho a cada uma delas.

a) — crime de tráfico ilícito de entorpecentes;
b) — crime de outra natureza, que emana dessa atividade ilícita;
c) — crimes estimulados diretamente pelo tóxico;
d) — crimes indiretamente condicionados pelo uso de tóxicos.

A primeira hipótese mencionada situa-se numa posição toda especial, porque versa sobre atos criminosos que se originam precisamente do fato de ser penalmente vedado o livre comércio de narcóticos, e nem sempre, aliás, aí encontramos uma causa de delinquência nas propriedades desagregadoras de tais substâncias.

A segunda hipótese, o que se tem verificado entre nós e no estrangeiro é, preliminarmente, que o tráfico de drogas se apresenta como o único estágio de uma carreira criminosa: aqueles que se dedicam a esse torpe comércio já apresentam, em sua grande maioria, extensa lista de crimes de diversas naturezas. A seguir, como resultado das suas novas atividades, outras infrações serão quase certamente cometidas. Pode-se alegar que, os mesmos fatores, as mesmas tendências que levaram o indivíduo a enveredar pela senda infracional explicam tanto o seu interesse pelo comércio de drogas como as práticas delituosas que se lhe seguem. Mas é certo também que o ambiente que envolve esse tipo de comércio se revela propício à multiplicação de antros anti-sociais.

Sobre a vinculação direta entre a intoxicação por entorpecentes e a prática de crimes, muito se tem discutido. Trata-se aqui de saber se a ingestão de drogas narcóticas pode levar o indivíduo à prática de atos anti-sociais graves, pelas alterações psicofísicas sofridas, e a resposta depende, em parte da qualidade da substância utilizada. Assim, enquanto a embriaguez cocaínica gera, pelo menos numa primeira fase, a necessidade de incessante movimentação, com possíveis descargas de violência, fase essa que se segue, por vezes, uma segunda, de indolência psíquica e de imobilidade, no ópio e seus derivados, ao inverso, predominam os efeitos calmantes, que dificultam a atividade muscular e, portanto, os crimes de ação. Já no caso de intoxicação crônica, o desgaste sofrido pelo organismo e pela mente do viciado pode contribuir mais facilmente para a eclosão de crimes. No caso do ópio, observam os eméritos estudiosos *PERNAMBUCO FILHO* e *ADAUTO BOTELHO*, surge logo como fenômeno princi-

pal, a perda da vontade: "é um sistema capital e que não falta, como se o ópio, mais que qualquer outro tóxico, tivesse uma ação decisiva sobre os centros de volição". (Vicios Sociais Elegantes, cit. pág. 78).

Quer pelo abuso do ópio, quer pelo exemplo, quando se entrega à morfina, o indivíduo vai comumente sentindo paulatinamente perda de suas faculdades mentais e do senso moral, suas energias se enfraquecem, e sofre uma progressiva "caquexia", cujo desfecho pode ser a verdadeira demência.

Cria-se, assim, uma situação naturalmente propícia não para as reações diretas, mas para os crimes omissivos em particular, como v.g., o abandono da família. Mas o maior contingente de crimes trazidos pelo abuso de narcóticos tem origem nos grandes sacrifícios financeiros que exige a manutenção do vício, e nas crises decorrentes do estado de carência. Trata-se agora da criminalidade que, não resultante propriamente das qualidades farmacológicas das drogas, é por elas condicionada de modo indireto, envolvendo o viciado e até mesmo seus familiares. Dizem GOODMAN e GILMAN: é difícil para uma pessoa normal avaliar quão completamente a necessidade e a compulsão para manter um suprimento adequado de narcóticos dominando por completo o pensamento, a ação e a vida diária do viciado. O maior objetivo de sua existência é o de obter narcóticos suficiente para as suas necessidades diárias (ob. cit., pág. 244). Para satisfazer essa verdadeira obsessão, todas as reações se tornam mais possíveis, inclusive, atos de violência são praticados. Mas a tendência, decorrente de tal estado de coisas e da derrocada moral e econômica do toxicômano, é mais frequentemente, para os efeitos e prática de delitos patrimoniais, visando obter meios de aquisição de *"drogas"*, e abandono da família, a falsificação de receitas médicas, ou a chamada "pequena criminalidade" (vadiagem, mendicância, etc.), além da própria traficância de tóxicos, da prostituição e a atividades colaterais a esta, a que chegam facilmente os viciados.

ASPECTO FISICO-MÉDICO DA TOXICOMANIA

Classificação das drogas:

A história tem demonstrado cabalmente pela nomenclatura droguista, que é tão antiga quanto a própria humanidade. O "álcool", v.g., (derivado do árabe: al kohl — pó finíssimo) vem sendo descrito como *essência* ou *espírito*, através dos tempos. Mesmo os personagens bíblicos e históricos a ele estão ligados, tais como, PARACELSO, HORÁCIO, etc... e ele foi até mesmo associado à religião (como o vinho, nos rituais católicos), embora sabemos que os efeitos psicológicos do álcool, em doses pequenas são menores. Quanto às outras drogas, qualquer classificação em grupos, torna-se de certa forma, arbitrária. No entanto, seguimos uma divisão em três grupos, assim, constituída:

Medicamentos terapêuticos: substâncias que obstruem o curso de uma doença, como os antibióticos, produto contra bactérias, parasitas; "anticoncepcionais", etc.

Remédios de restituição: substâncias que corrigem deficiências orgânicas como vitaminas, minerais, hormônios, vacinas, etc.

Drogas Sintomáticas: Vegetais ou sintetizadas, são substâncias que tem profundo impacto sobre a psicologia e o comportamento humano.

CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS E EFEITOS PSICOTRÓPICOS

As drogas psicotrópicas podem ser divididas em três tipos principais (segundo o dr. Fábio Fonseca):

Psicanalépticos: estimulantes psíquicos com base em anfetaminas. De ação semelhantes à da cocaína e oposta à dos barbitúricos, que utilizadas provocam estados de alerta e prontidão no Sistema Nervoso.

a) — A anfetamina: age no Sistema Nervoso Central (cortex cerebral e nos centros respiratórios e vasomotor). Para tanto, aumenta consideravelmente a pressão sanguínea e os batimentos cardíacos, bem como, dilatação da pupila, descontração da musculatura lisa do trato intestinal, secreção da saliva grossa, toxidade aguda (= dor de cabeça, tonteira, confusão, alucinações, convulsões, hemorragias cerebrais, coma e morte). Está devidamente comprovado que a anfetamina em 65% dos consumidores normais ocasiona psicoses paranóicas.

b) — Os antidepressivos: são modificadores da disposição psíquica, favorecendo a socialização e elevando o senso de humor. Reduzindo a hipertensão e são úteis no combate à depressão neurótica. E ainda, causam dependência e apresentam perigo se associados aos barbitúricos e ao álcool.

PSICOLÉPTICOS: Atuam como tranquilizantes, agindo no sentido de acalmar o Sistema Nervoso, como paliativos para desordens mentais leves. São obtidos à base de:

a) Reserpina: que talvez seja usada por cientistas no controle da esquisofrenia crônica;

b) Fenotiazina: que provoca hibernação parcial do organismo, podendo ainda, ocasionar, até posturas rígidas (catalépticas ou catatônicas);

c) Ácido barbitúrico: que combate a insônia, produzindo apatia e indiferença, ocasionando depressão respiratória e do tôno mus-

cular, fazendo diminuir a acuidade sensorial, afetando substancialmente, a coordenação motora, a secreção gástrica e desorganização do sistema nervoso autônomo. Além de tudo, cria dependência e, utilizada ou usada em excesso ou associada ao álcool, provoca a morte ou faz com que o indivíduo seja levado ao suicídio.

d) Narcóticos, como o ópio e seus derivados (heroina, morfina, codeína, diomina, etc) provocam relaxamento da sensibilidade, causam náuseas e inibem a respiração predispondo os viciados à ociosidade, e ao aniquilamento vital. Enfatiza o dr. *CLAUDE OLIEVENSTEIN*, que as substâncias tóxicas provocam estados psiquiátricos graves, diminuindo e suprimindo a sexualidade, e o prolongado uso abusivo acarreta a morte por sufocação e deixam vestígios além de viciar o indivíduo.

e) Cocaína assume feição farmacológica de características interessantes, e quimicamente, possui três categorias comuns à maioria dos outros anestésicos comuns locais: 1° um resíduo aromático; 2° uma cadeia intermediária; 3° um amino grupo. Sua ação mais importante é a "habilidade de impedir a produção e transmissão de impulsos nervosos, após sua aplicação local". Essa ação bloqueadora que é eficaz em todos os tipos de fibra nervosa, é reversível quando a droga é absorvida pelo sangue e levada do lugar da aplicação; os neurons voltam quase que imediatamente ao estado de funcionamento normal. Os efeitos do bloqueamento da cocaína na terminal dos nervos sensoriais, mutações genéticas. Conhece-se casos que crianças recém-nascidas de filhos de viciados, necessitam passar por processo de "desintoxicação" ao nascer.

A revista "L'Express", publicou artigo que é frequente o uso de drogas em bebidas elevadamente, e essas doses (que permitem atingir "estágios de extra-percepção" se aproximam muito, no entretanto, das doses que provocam o estado comatoso ou coma.

O USO DE ENTORPECENTES EM FACE DO CÓDIGO PENAL

Não é possível esperar-se a reabilitação do toxicômano sem antes, libertá-lo do vício. Para conseguí-lo, apresenta a Medicina métodos modernos, que, entretanto, não oferecerão possibilidade de sucesso se não forem obedecidos certas modalidades e condições mínimas. A primeira, sobre a qual muito se tem discutido e que se insiste, é o regime de internamento a que deve ser submetido o paciente. O que nos interessa sobretudo, é a situação do toxicômano perante o campo do Direito Penal. A tendência hoje, é para considerá-lo um doente, e, como tal, ser tratado.

Há quem, ao contrário, se mostre favorável à punição dos toxicômanos, e nesse sentido, ultimamente, vem-se orientando a jurisprudência do Tribunal de Justiça paulista, através de, a nosso ver,

errôneo entendimento do que dispõe o art. 281, caput, do Código Penal. A questão reduz-se a esta pergunta: deve ser considerado crime o uso não autorizado de entorpecente?

Choca, diga-se desde logo, a resposta afirmativa que se venha a dar a tal indagação. O vício de narcóticos quando não tem uma origem francamente fisiopatológica, o que afastaria desde logo qualquer responsabilidade do seu prolator, pode ser o resultado de neuroses, de estados depressivos que o indivíduo não consegue vencer, ou, pior ainda, é muitas vezes contraído em circunstâncias puramente acidentais, à inteira revelia da vontade do sujeito, como sucede em especial nas toxicomanias de origem terapêutica. Seja qual for, enfim, o motivo pelo qual nasceu o vício, a verdade é que o seu portador termina quase fatalmente preso numa engrenagem de que não se pode libertar, porque a droga se lhe torna de imperiosa necessidade, muitas vezes até orgânica.

ASPECTO SOCIAL DA TOXICOMANIA

A existência de uma mutação:

Segundo o psicólogo austríaco KONRAD LORENZ (fundador da ethologia moderna), a humanidade estaria sofrendo, nos tempos atuais, uma mutação no sentido regressivo. Suas conclusões são baseadas em vários estudos comparativos com as espécies animais. Observou que existem certas espécies que se drogam de maneira periódica e rítmica. Os cavalos, por exemplo, procuram substâncias para descontrair e para gozar. Sabe-se que, é conhecida a homossexualidade nos animais. Nesse caso, então, a humanidade estaria regredindo e se aproximando cada vez mais, dos animais. E, isso levanta alguns problemas e algumas questões:

"Haveria um componente biológico em tudo isso"?

"Os animais teriam um psiquismo elaborado e um inconsciente estruturado?"

A sociedade tecnológica

Vivemos a era dos cosmonautas, uma vez que, o desenvolvimento tecnológico tende a levar a nossa sociedade para uma vida tecnicamente mais confortável. Ao lado disso, com o progresso acelerado dos últimos tempos, as gerações adultas passam a exercer mais influências sobre os jovens que, consequentemente, se afastam cada vez mais dos padrões dos seus antepassados. Não constitui surpresa, portanto, o fato de que a nossa cultura atual mostre o rápido aumento no uso de drogas e outros tipos de comportamento associal, ou mesmo anti-social, mormente, entre os jovens.

A JUVENTUDE E A DROGA

Segundo o Comissário de Polícia de Paris — Mr. MOUEL — "é impossível compreender esse fenômeno de toxicomania, sobretudo, atualmente, quando se observa uma tendência tão marcante nos jovens". Uma enquente oficial realizada pelo I.N.S.E.R.M. (Instituto Nacional da Súde e da Pesquisa Médica, da França), em 1974, revelou resultados alarmantes: 13% dos secundaristas franceses são "viciados" em potencial. Nas escolas, já é uma realidade: estudantes trocam receitas de cascas de banana secas, cheiram "cola branca", enchem os pulmões de cloro, enchem as seringas com whisky sem se preocupar com as consequências.

Esse número crescente do potencial de jovens viciados, segundo vários autores, se explica muito pelo "status" do adolescente. A adolescência, é um momento crucial do desenvolvimento, tanto do menino quanto da menina.

Além de ter que se ajustar às mudanças físicas e fisiológicas associadas à puberdade, o adolescente de nossa sociedade há que fazer frente a uma variedade de modificações com o notável desenvolvimento cognitivo ou intelectual, o estabelecimento da independência, o interesse heterossexual, a escolha da vocação, o sentimento da própria identidade, etc. É portanto, um período altamente "conflitivo".

Apregoa Jani Brun, "adolescência é difícil e o adolescente, também é narcisista, vulnerável e pretencioso. Acredita que tudo lhe é possível e tudo lhe é devido. Rejeita a infância, ao rejeitar a família, para alcançar o mundo dos adultos".

A droga aparece, então, como um meio de "atacar os adultos", ou a "fuga ao problema", ou, ainda, "a poesia e o sonho" e a "experiência de um mundo que só conhecera através dos olhos de seus país"... Segundo o psicólogo HENRI WALLON, para os elementos extremamente "perturbados" na fase da adolescência, a droga não é, apenas, "uma fuga do meio em que vive e que quer contestar", mas, principalmente, uma "fuga de si mesmo": não se sente bem porque não sabe o que fazer e só encontra solução na fuga. Como preconisa DANIEL LAGACHE, "as desordens de conduta refletem conflitos entre pessoas e o mundo como é o caso da delinquência, da não-adaptação social. No caso da droga, v.g., o comportamento é inadequado mas é uma tentativa para reduzir a tensão provocada pelo conflito intrapessoal consciente ou inconsciente".

Várias são as razões que podem levar um jovem a procurar a droga: auto-afirmação, (necessidade de revoltar-se contra o que é "estabelecido"), simples curiosidade, imitação ou modismo, aceitação social, ou num plano mais profundo a busca de uma solução aos seus conflitos" existenciais (sensação de inutilidade da vida, impotência

diante de um mundo pronto e hostil, necessidade de criatividade, de comunicação, de amor, etc., ...).

Para o preclaro dr. CLAUDE OLIEVENSTEIN (responsável pelo Hospital Marmottan, uma das mais revolucionárias clínicas para tratamento de drogas, na França) os clássicos conceitos físico, biológico, sexual e econômico da adolescência não são mais válidos para os dias de hoje. Antes, havia o tabu sexual, o ritmo dos estudos, o serviço militar, as férias longe da família, a permissão para sair.

A DROGA E O AJUSTAMENTO SOCIAL (CONCLUSÃO)

Como examinamos, a droga, longe de ser uma solução consciente para o ajustamento é, apenas, uma fuga que distancia temporariamente o problema, sem, no entanto, dar-lhe uma solução. Ela não chega a ser nem uma esperança pois é utilizada só como um paliativo, para ter um momento de prazer e vários "viciados" confessaram sua ineficácia à longo prazo...

Existe muita polêmica sobre o valor da droga mas não se pode negar que, historicamente, ela tem trazido inúmeros resultados negativos. Em vez de melhorar, reforça cada vez mais a segregação, cria problemas sociais da maior importância (como de Saúde e de Segurança Pública), impede o desenvolvimento natural da escolaridade e da formação profissional do indivíduo, provocando uma série de consequências negativas e a longo prazo tanto para os viciados quanto para a própria sociedade em que vivem.

Um exemplo da gravidade do problema: "em cada dois drogados que são internados no Hospital Marmottan, um caso é, absolutamente, irrecuperável. E o índice de morte por droga aumenta à cada dia...

ASPECTO MORAL DA TOXICOMANIA

O DESENVOLVIMENTO DA MORALIDADE DO SER HUMANO:

Segundo o psicólogo SAMUEL PFROMM NETTO, "dos anos da infância à adolescência, as pessoas interiorizam conceitos morais (bom/mau, certo/errado, justiça/injustiça...), de acordo com suas próprias limitações, suas experiências, os valores vigentes, os conflitos entre conceitos e pressões sociais, etc".

PIAGET diferencia duas atitudes morais na criança: a *heteronomia*, ou respeito absoluto pelas normas adultas, e a *autonomia*, ou seja, influência do grupo a que pertence, sobre as leis. Pesquisas realizadas no EE.UU. e na Europa comprovam os estudos de PIAGET e mostram que seus resultados "independem dos padrões culturais específicos de cada sociedade". O desenvolvimento moral, segundo

PECK, HAVICHUNST e outros (1964), atravessa cinco fases principais e a personalidade moral adulta é o resultado da progressão e da combinação dessas cinco fases:

a) Até 1 (um) ano de idade	Fase amoral/impulsiva
b)De 1 (um) à 3 (três) anos	Fase egocêntrica/oportunista.
c) De 3 à 12 anos	Fases externa/conformista e irracional/consciente.
d) À partir de 12 anos	Fase racional-altruística inferiorizada.

MORALIDADE E DELIQUÊNCIA:

À concepção de moralidade como *senso de dever,* (= respeito e obrigação em relação às normas vigentes), PIAGET relaciona um critério de moralidade como "justiça" (senso de direitos).

Para SAMUEL PFROMM NETTO, apesar da relatividade de valores culturais, a capacidade de "sentir culpa" desenvolve-se em todos os indivíduos à partir da adolescência.

Culpa seria, então, "um sentimento de auto-punição que se é imposto por se ter magoado alguém.

Trata-se de um dos mais importantes agentes socializadores. No entanto, para que terceiros afirmem que "alguém tem culpa" ou "se afasta essencialmente da média" é preciso conhecer as normas das quais ele se distancia: aliás, esse é o grande problema da definição da deliquência. Diversos autores, na tentativa de defini-la, concluiram que "a deliquência é determinada pela repetição de atos considerados como crimes e delitos". Nesse caso, então, o uso de drogas estaria enquadrado em deliquência.

TRAÇOS CARACTERÍSTICOS DA DELIQUÊNCIA:

DESVIOS PESSOAIS:

A) "Q.I." Médio (= quociente intelectual): 89.
Baixo índice de aptidão escolar ou de inteligência verbal, de abstração, concentração, persistência.

B) Tipo físico mesomorfo (= atlético) com inclinação para Endomorfo (= volumoso).

C) Disfunções e perturbações emocionais:
Superego identificado com deliquência; falta de interiorização de um sistema de valores;
Forte afirmação de si mesmo;
Alto índice de rebeldia, desafio;
Grande suscetibilidade, ofende-se facilmente;
Atitude ambivalente com respeito as autoridades;

Impulsividade;
Padrão de alta ansiedade no delinquente neurótico;
Hostilidade e ressentimento fáceis;
Agressão aberta e retaliativa;
Agressão não-socializada;
Labilidade e/ou impulsividade emocional;
Egocentrismo e auto-indulgência;
Auto grau de sugestibilidade;
Baixa tolerância de frustração;
Espírito aventureiro;
Tendência psicopática moral;
Forte tendência hipomaníaca;
Baixo padrão neurótico no delinquente socializado com superego deficiente;
Baixo auto-conceito ("Não valho nada)".

DESVIOS NO LAR, FAMÍLIA E VIZINHANÇA

Normas sociais contraditórias no lar e/ou vizinhanças;
Identificação com sub-cultura delinqeunte;
Estrutura atípica no lar (lar desfeito);
Falta de relações interpessoais no lar;
Tensões e baixas condições econômicas;
Falta de conformidade moral/ausência de valores espirituais ou religiosos;
Padrão de criminalidade;
Conflitos de cultura;
Residência em vizinhança deteriorada;
Disciplina demasiado rígida, punitiva, caprichosa, frouxa;
Falta de coesão;
Supervisão materna inadequada ou imprópria;
Indiferença ou hostililade com respeito aos pais;

C) *DESVIOS NA ESCOLA:*

Notas baixas;
Reprovação e repetância;
Detesta a escola;
Vadiagem;
Desejo de abandonar a escola o mais cedo possível;
Objetivos educacionais e profissionais vagos ou inexistentes;
Problema motivacional;
Membro de "classe especial";
Frequência em diferentes escolas/transferências;
Destruição de propriedades e material escolar;

Falta de integração com a classe;
Não participação nas atividades escolares extra-curriculares voluntárias;
Problema de disciplina sério e persistente;

FONTES:

KVARACEUS (1960), baseado em GLUECK e GLUECK, 1950; HEALY e BRONNER, 1936; KVARACEUS, 1945; MERRIL, 1947; SHELDON e outros. 1949; WATTENBERG, 1947; (in "Psicologia da Adolescência" — Samuel PFROMM NETTO/Pág. 299/300).

CAUSAS DA DELINQUÊNCIA:

Muitos estudos tem sido feitos para se distinguir uma pessoa "delinquente" de uma "não-delinquente". Entretanto, no Brasil, não há notícias de estudos sistemáticos sobre o assunto e as precárias estatísticas existentes não permitem conhecimento exato sobre a delinquência em nosso país.

Sabe-se, no entanto, que múltiplos são os fatores que integram na produção de desvios sociais. Para o abalizado NOSHPIAZ, por exemplo, os fatores relevantes na determinação da delinquência na adolescência são:

a) a superestimulação: o gosto da emoção, perig,o excitação;
b) a supergratificação: superproteção, facilidade e satisfação de todos os desejos;
c) superprivação: carência material e afetiva;

Para ele, um desses fatores pode predominar em cala um dos delinquentes ou, ainda, todos eles podem operar simultaneamente. Segundo o casal de estudiosos americanos, S. e E. GLUECK, o meio familiar é fundamentalmente importante na ocorrência da delinquência. Organizaram, recentemente, um "QUADRO DE PREDIÇÃO SOCIAL (Glueck Social Prediction Table) e obtiveram esse resultado, ou seja, observaram que certos tipos de lar tem maior probabilidade de gerar delinquêntes que outros:

ATITUDES FAMILIARES:	OCORRÊNCIA (delinq.)
a) Disciplina imposta à criança (pai):	
a) Rígida e desordenada	72,5%
b) Relapsa e descuidada	59,8%
c) Firme, mas delicada	9,3%
2) Supervisão da criança (mãe):	
a) Inadequada	83,2%
b) Passável	57,5%
c) Adequada	9,9%

3) Afeição do pai pela criança:

a) Indiferente ou hostil 75,9%
b) Calorosa e/ou Superprotetora 33,8%

4) Afeição da mãe pela criança:

a) Indiferente ou hostil 86,2%
b) Calorosa e/ou superprotetora 43,1%

5) Coesão familiar:

a) Família não integrada 96,9%
b) Alguns elementos de coesão 61,3%
c) Boa coesão 20,6%

FONTE: Revista "Psychologia" nº 38, março/73, Paris.

AS RELAÇÕES ENTRE DELINQUÊNCIA E DROGA/CONCLUSÃO

Os estudiosos são claros, no entanto, ao afirmarem que esses fatores podem induzir à delinquência assim como podem agir simultaneamente ou, ainda, não ter efeitos tão específicos. Segundo o Professor *ELIAS MURAD*, estudioso do assunto, e mediante exames recentes, mostram que o uso de drogas entre os estudantes ocorre, principalmente, entre aqueles cujo comportamento, atitudes ou valores são indicativos de uma oposição à ordem de uma sociedade tradicional estabelecida, independente das diferenças existentes (como sexo, status social, econômico ou religioso). Por isso, significa que a delinquência seria uma das causas importantes da toxicomania. Alguns autores ainda admitem que outras causas mais específicas podem levar à toxicomania. Sob esse aspecto então, o uso de drogas poderia ser encarado como causa de delinquência posterior por provocar, também, atitudes semelhantes nos viciados.

ASPECTO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA TOXICOMANIA:

O Brasil no Cenário Mundial da Droga:

Segundo a Divisão de Repressão a Entorpecentes em declaração feita ao "Jornal do Brasil" em 20 de julho de 1975, o Brasil — que aparecia no cenário mundial de drogas como "consumidor — tem sido utilizado, atualmente, como "conexão" internacional do tráfico de drogas".

O Tráfico Interno:

Sabe-se que o Mato Grosso é o estado brasileiro que enfrenta mais problemas no tráfico internacional de drogas, devido às extensas fronteiras com o Paraguai e a Bolívia, por onde ingressam vários desses produtos.

Também o Rio Grande do Sul — nas vizinhanças com a Argentina e o Uruguai — está ligado às rotas sul-americanas que operam em grande escala e, ainda, o Paraná, Acre e Rondônia.

Mas, é nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro que se concentra maior quantidade de viciados. Seguem-se Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife e Brasília.

O *Rio de Janeiro* liderou — com um total de 832 o número de inquéritos por uso de tráfico de entorpecentes no país no ano de 1974 (sendo 740 de iniciativa da Secretaria de Segurança Pública e 92, do Departamento de Polícia Federal), aparecendo *Minas Gerais* como o segundo estado, com 402 inquéritos (sendo 351 pela Secretaria de Segurança Pública e 51, pelo Departamento de Polícia Federal).

Segue-se, ainda, segundo o levantamento de inquéritos em 1974: capital de São Paulo (188), Rio Grande do Sul (213), Mato Grosso (143), Bahia (97), Pernambuco (52), Ceará (93), Pará (13), Amazonas (11), Maranhão (52), Piauí (23), Paraíba (33), Rio Grande do Norte (35), Alagoas (16), Sergipe (26), Espírito Santo (29), Goiás (50), Santa Catarina (61), Acre (10), Paraná (105), Rondônia (10), Amapá (1) e finalmente, Brasília (60).

Consequências do Tráfico no Setor de Saúde:

De acordo com a Divisão de Repressão à Entorpecentes, diante deste tráfico intenso em nosso país, estabelece-se um desequilíbrio: não há número suficiente de unidades hospitalares para recuperação de toxicômanos.

Embora o Decreto-Lei nº 891/38 estabeleça medidas sobre a internação civil (que seria feita pela autoridade sanitária local) não existem condições suficientes nos hospitais oficiais ou subfiscalização-oficial para esse tipo de tratamento, principalmente quando se trata de viciados infratores, cuja internação é uma medida penal, que segundo a lei não pode ser feita em manicômio judiciários.

CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS:

Afirmaram, ainda, que as drogas mais usadas no Brasil são: a maconha, os psicotrópicos (principalmente o "pervintin") e a cocaína.

O mercado de drogas, além de totalmente ilegal, é altamente inflacionário e o governo não pode exercer controle sobre o preço em defesa dos consumidores, por se tratar de um comércio ilegal. O mercado de drogas indicava, em julho de 1975, os seguintes preços:

1 Kg. MACONHA ..... Cr$ 80,00 (Maranhão/71)
1 Kg. " ..... Cr$ 500,00 (Maranhão/75)
1 Kg. " ..... Cr$ 2.000,00 (M. Grosso/75)
1 Kg. " ..... Cr$ 3.000,00 (Rio/75)
1 Kg. " ..... Cr$ 4.000,00 (R.G.S./75)
1 Kg. " ..... Cr$ 6.000,00 (Brasília/75)

FONTE: Divisão de Repressão à Entorpecentes do Rio de Janeiro

1 dose: Heroína ..... Cr$ 1.000,00 ..... França/74

A QUESTÃO ECONÔMICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS/CONCLUSÃO:

Essa terrível e estrondosa inflação no mercado de drogas, cujos responsáveis são os traficantes e intermediários, além das consequências econômicas desastrosas, gera outros problemas sociais, como "a delinquência organizada" com o objetivo de obter meios (lucros) para a compra de tóxicos. Para tanto, uma jovem viciada — DOMINIQUE M., 21 anos — internada no Hospital Marmottan, na França (um dos locais mais modernos no tratamento de drogas) revela:

"... a vida era monótona, sem perspectivas e, então, a droga apareceu como a grande solução. No início, é só prazer. Depois, a dor. E a procura da droga para cessar a dor. A droga passa ser, então, uma prisão. No começo tudo era desejo/prazer e, depois, dor/infelicidade. O único contato que se tem com o mundo exterior é com o "revendedor". Aí, é preciso ganhar dinheiro a qualquer custo e a gente faz qualquer negócio: roubo, prostituição..."

(in "Psychologie" — nº 50/março/74, pág. 45/Paris").

Para que se possa inferir o poderio devastador da droga, e os seus efeitos maléficos basta atentar-se para a célebre carta que o jovem *PERCY PATRIC PILON,* leixou aos jovens que pretendem ingressar no torpe comércio da droga como um aviso de alerta e estarrecedor, assim vasada:

"Se alguém lhe oferecer algum tóxico, demonstre ser mais homem do que eu fui. Não se deixe tentar, por nenhuma razão, e saiba responder com um não. Aprenda pelos meus erros e por tudo que me aconteceu. Espero que o meu gesto possa ajudar alguém e desejo que ninguém chegue a conhecer o inferno — sete meses de inferno — através do qual eu passei, e as penas nas quais me debati e estou me debatendo ainda agora, neste momento. Talvez, também você encontre amigos que lhe ofereçam grátis um pouco da coisa para depois, sucessivamente, fazer você pagar por ela. Depois do que, lhe venderão um tipo mais forte, no princípio a preço reduzido. E quando perceberem que você se tornou um viciado, aumentarão os preços. Não esqueça que a mesma pessoa que lhe vendeu a maconha, terá, em reserva para você, também a heroína. E isto por que? Não

certamente pela sua felicidade mas para obter linheiro, ao preço de sua vida. Os vendedores de drogas querem só destruir você para conseguirem o seu intento e se agarrarão a qulquer chance que você lhes oferecer. A droga pode dar momentos de felicidade, mas a cada um destes momentos corresponde um século de desespero, que jamais poderá ser apagado. A droga destruiu os meus sonhos de amor, as minhas ambições, a minha vida no seio da minha família, uma vida que antes eu gostava de ter. A única coisa de que posso felicitar-me é ter feito um pouco de bem durante a minha vida e esperar salvar, com o meu gesto, quem está ainda em tempo de ser salvo".

(Colaboração do bel. Humberto S. Lisboa, Promotor de Justiça de Baependi/Mg, na campanha antitóxico, realizada no sul de Minas).

ASPECTO JURIDICO — LEGAL DA TOXICOMANIA:

ÓRGÃO COMPETENTE:

Segundo declarações prestadas pelo advogado Dr. Benedito Jaime Barbosa (Delegado de Ordem Social do D.O.P.S. de Belo Horizonte), em 19/04/76, o "Decreto-lei nº 17.826, do dia 02/04/76", determinou uma modificação no esquema de combate ao tóxico e entorpecentes da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais. Foi criado um departamento específico para se ocupar do assunto, ou seja, a DIVISÃO DE TÓXICOS E ENTORPECENTES, compreendendo:

a) Serviço de Recuperação Social (encarregado da assistência social).

b) Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes (encarregado da repressão). Essa lei entrou em vigor n odia 03/04/1976.

LEI ANTI-TÓXICOS:

A Lei nº 5.726, de 29/10/1971, dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências.

Essa lei compreende três capítulos, sendo o 1º, da PREVENÇÃO (art. 1º ao 8º); o 2º, da RECUPERAÇÃO DOS INFRATORES VICIADOS (do art. 9º ao 13º); e o 3º, do PROCEDIMENTO JUDICIAL (do artigo 14º ao 27º) e determina que:

Menores de 14 anos: não serão responsáveis diante da lei, portanto, não há inquérito. Ficam sob a supervisão do Juizado de Menores, cujo objetivo é a resolução do problema do menor, tendo como órgão oficial a FEBEM.

b) De 14 a 18 anos: Não há inquérito e o caso fica sob a supervisão da Delegacia de Menores, órgão encarregado da prevenção e da repressão.

c) De 18 a 21 anos: Há inquérito, mas a pena é obrigatoriamente substituída por internamento hospitalar, à cargo do detido (ou, então, é "retransformada em pena).

c) Maiores de 21 anos: Há inquérito e condenação. Caso seja provada a incapacidade de entender o caráter ilícito do fato por parte do usuário, o Juiz pode transformar se apurada a irresponsabilidade psicológica do usuário, a pena em internamento hospitalar.

C O N C L U S Ã O

PRIMEIRA: No plano social, vimos que a droga, na maioria das vezes, é procurada como uma solução para o "caos" do mundo moderno... No entanto, à partir de depoimentos de "usuários" e de cientistas, podemos observar que ela não passa de uma solução temporária, de um paleativo, que reforça ainda mais a alienação não favorecendo, em nenhum aspecto no ajustamento social.

SEGUNDA: No plano moral, observamos que a droga pode ser, muitas vezes, apenas uma das manifestações evidentes da delinquência ou, ainda, um dos elementos provocadores desse desvio social, sem nenhum engajamento ou objetivo "real" de progresso ou evolução.

TERCEIRA: No plano econômico-financeiro da toxicomania, de acordo com pesquisas realizadas, parece agravar-se à cada dia, sem grandes possibilidades de controle, acarretando consequências negativas ao próprio usuário e, também, à sociedade na qual está inserido.

QUARTA: Sob o prisma jurídico-legal, a questão não é menos grave: vimos que as penalilades impostas compreendem prisão e pagamento de multa o que, por si só, já pode representar um grande problema para os usuários, assim como as limitações sociais.

B I B L I O G R A F I A

BIBLIOGRAFIA BÁSICA:

BAHIA, Juarez — "Brasil, Conexão Internacional na Geografia do Tráfico". Rio de Janeiro, in "Jornal do Brasil", 20/07/75, pág. 24/25.

BRUN, Jani — "Les fugues d'adolescentes". Paris, in "Psychologie", nº 73, fevereiro/76, pág. 46/50.

PFROMM NETTO, Samuel — "Psicologia da Adolescência". São Paulo, Editora Pioneira de Ciências Sociais, 1968, pág. 213/306.

MURILO DE MACEDO PEREIRA — Coca-Cocaína — Separata dos Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, vol. XXVII/1º Semestre — 1976.

MURAD ELIAS — A Viagem Sem Bilhete de Volta, ed. 172, pág. 43/85. Conselho Federal de Farmácia de M.G. e Associação Mineira de Farmacêuticos.

GONZAGA BERNARDINO, João — Entorpecentes — ed. Max Limonad, ed. 1962.

FONSECA, Rábio — "As Drogas Psicodélicas". Brasília/DF, Ed. do Senado Federal, 1971, pág. 5/28.

DROGAS, S. Paulo, in "Ego", nº 15, março/76, pág. 229/232.

MURAD, José Elias — "E quem jura que maconha não faz mal?" Belo Horizonte, in "Estado de Minas Gerais", 21/03/76, pág. 4.

REZENDE DE ANDRADE, Bichara, Rocha — "Tóxicos/Entorpecentes e seus efeitos", Belo Horizonte, Delegacia Especializada de Repressão à Vadiagem, 1972.

SICHLER, Liliane — "Les enfers artifiels". Paris, in "L'Express/Dezembro/74, pág. 26.

WEIS, Jay; CLAZER, Howard; POHORECKY, Larissa — "Conditionnemente — Comportement et Chimie Cérébrale". Paris, in Psychologie" nº 64, Maio/75, pág. 40/44.

MUSSEN, Conger, Kagan — "Desarrollo de la Personalidad en el niño", México, Editorial Trillas, 1975, pág. 673/767.

OLIEVENSTEIN, Claule — "La Drogue". Paris, Edições Universitárias, 1972, pág. 149/150.

OLIEVENSTEIN, Claude — "Drogue: le dossier France". Paris, in "Psychologie", nº 50, março/74, pág. 42/53.

DICIONÁRIO: "Le Nouveau Petit Larousse", Paris, 1969.

SALOMON, D.V. — "Como fazer uma monografia". Belo Horizonte, Interlivros, pág. 251/286.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

ADULTÉRIO — ILÍCITO CIVIL E PENAL?

Ubirajara Lopes Vieira
Promotor de Justiça — MG

1. Notícia histórica; 2. Conceito e pressupostos; 3. Ato jurídico e livre manifestação da vontade; 4. O Direito, o delito de adultério e seus aspectos médico-legais; 5. A exclusão do delito de adultério do Código de 1969, como imperativo de Direito.

NOTÍCIA HISTÓRICA

Fundamentadas na instituição familial e nos bons costumes, as civilizações antigas puniam, com rigor, a infidelidade matrimonial da mulher. O rigor não era, todavia, exagerado para a época, já que as penas primavam, então, pela crueldade, tendo caráter unicamente repressivo e intimidativo.

Os hebreus apenavam o adultério com a lapidação. A fundamentação do ato de punir decorria dos preceitos bíblicos atinentes à espécie e, assim, morriam os amantes. Vem a pelo a conhecida passagem evangélica em que Jesus obstou uma lapidação com uma simples frase: "Atire a primeira pedra o que está limpo de pecado...". Punia-se, da mesma forma, a falsa imputação do delito, como se vê no Livro de Daniel, a respeito da falsa acusação à Susana.

Na Índia, o adultério era combatido por duas razões: a) para que fosse evitada a miscigenação, pois devia ser observada, estritamente, a divisão das castas; b) por motivos religiosos. Pena para a mulher: ser devorada, em praça pública, por cães famintos. Para o amante: a fogueira.

No Egito, mutilação do nariz para a mulher e morte, para o amante.

Em Esparta, a despeito das conhecidas considerações de Plutarco, não se conhecia o adultério. Am Atenas, todavia, e de acordo com a legislação de Solon, o marido ultrajado tanto podia matar o comborço (pilhado em flagrante ou em caso de violação) ou exigir-lhe indenização (em caso de sedução). Inexistia punição para a mulher.

Entre os romanos primitivos, os casos de adultério eram levados ao tribunal familiar (ou doméstico). Havia impunidade para a morte da mulher e seu amante, quando pilhados em flagrante. Ao tempo de Augusto, entre outras relativas à família, foi promulgada a Lex Julia de Adulteriis, que incluiu o adultério no elenco dos crimes punidos pelo direito romano com pena pública (D. 48, 5, C, 9º, 9). Por aquele diploma, ao contrário do que ocorreria mais tarde em Roma, o matrimônio não era suficiente para caracterizar o adultério, pelo que se exigia o exato conhecimento da ilicitude do ato. Atendia-se ao erro de fato como dirimente. A tentativa era tida como injúria e o amante da adúltera incidia nas penas do crime de lenocínio, como co-autor. E tinham caráter ilícito as transgressões de fidelilade da mulher, seja como esposa ou concubina. A Lex Julia excepcionava, porém, as escravas, as donas de bordéis e suas hóspedes.

No direito germânico é que vamos encontrar a punição do marido, infrator da fidelidade conjugal. A esposa traída poderia queixar-se ao Rei ao qual competia a decisão punitiva do marido infiel. Quanto à esposa e ao amante, quando eram surpreendidos em flagrante, a pena era a morte para ambos. Se não havia flagrante, tanto podia ser a morte, quanto a escravidão (direito visigótico). Primitivamente, havia penas infamantes, como a do casal correr despido, pelas ruas.

Coube ao direito canônico equiparar o adultério de ambos os cônjuges. "Adulterium in utroque sexu pari rationi condemnat". E dava por qualificado o delito de adultério duplo e o praticado com cunhado ou cunhada.

O antigo direito lusitano concedia ao marido ultrajado matar a mulher e seu cúmplice, se os surpreendesse em flagrante (Ordenações Filipinas Livro V, Título 28).

Atualmente, o direito inglês trata-o como injúria. O francês e o espanhol, após vacilações o capitularam como crime (1810 e 1944), no que foram seguidos por muitos países, entre eles, o Brasil. Excetuam-se as legislações penais da Colômbia, Costa Rica, Cuba, Noruega, União Soviética, Irlanda, Estados Unidos, Suiça.

CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Segundo a conhecida lição de ALCIATO, o vocábulo adultério veio da expressão "ad alterius thorum ire" ou "accedere", isto é, ir para o leito alheio. SANTO TOMÁS DE AQUINO, apoiou essa orientação etimológica (Summ. Theol. — 2ª, 2ae, quest. 154, art. 8):

> "Adulterium sicut *ipsum nomem sonat* est accessus ad alienum thorum".
>
> (O adultério, como indica o seu nome, é acesso ao tálamo alheio).

Para CARRARA (Programma, 1909, pág. 329), adultério é "la violazione del talamo conjugale".

Constitui, o adultério, infração aos deveres matrimoniais. Por outro lado, o espírito possessivo do afeto conjugal, ínsito à natureza humana, torna essa infração altamente lesiva à harmonia conjugal.

De um lado, a lei, de outro, os costumes, situaram o casamento no ápice de uma pirâmide de convenções sociais, que embasam a instituição familiar. A lei fez, dele, um contrato solene e "sui generis". Os costumes elevaram-no à condição de um dos mais importantes atos das atividades sociais do homem. E algumas religiões emolduraram-no com halo sacramental, que o vincula à divindade.

Os Estados, atentos à parêmia, "Família forte, Estado forte; Família fraca, Estado fraco", cuidaram de oferecer sólida base de sustentação à família, notadamente por via de defesa do casamento. E não se pode negar que o casamento é a pedra angular da nobre instituição.

A tradição advinda do fluir das gerações, fez encastelar o instituto do casamento no panorama social de cada época, confluindo, para tanto, a natureza afetiva da sociedade matrimonial e seus naturais consectários, principalmente os decorrentes da parte física da união conjugal, isto é, a prole.

Daí, a conhecida e sempre atual definição de PORTALIS:

> "É a sociedade do homem e da mulher que se unem para perpetuar sua espécie, para se ajudar, por assistência mútua, a suportar o peso da vida e para compartilhar o mesmo destino." (Discours Preliminaire — "apud" Orlando Gomes, Direito de Família, pág. 38).

Aliás, entre os povos ocidentais, no que concerne ao casamento, vem prevalecendo a orientação agostiniana, "prole, fides et sacramentum". "Prole" — é a prole, os filhos, os frutos da associação fí-

sica do casal; "fide" é a fé, que um cônjuge deve ao outro; "sacramentum" é o laço que une o instituto à divindade.

Dito isso, é fácil de ver que a fidelidade conjugal é pressuposto do casamento, constituindo sua quebra, lesão irreparável à harmonia do lar. E, já que da harmonia deste depende a solidez do matrimônio, e deste, a sua vez, depende estratificação da família, decorre daí que cumpre, ao Estado, regular, de qualquer forma, o instituto do casamento.

A família, como instituição, é cara aos interesses do Estado que, nela, se apoia e busca equilíbrio.

Daí advém o anátema que as civilizações fizeram cair sobre o adultério, que, afinal, constitui infração ao princípio da fidelidade, sendo, ainda, elemento de instabilidade da harmonia conjugal.

E, sobre ser ilícito civil, algumas legislações capitulam-no como infração penal.

O conceito de adultério é de uma clareza solar, já que o ato, em si, é de fácil entendimento. Embora se conheça lexicograficamente a conotação do vocábulo adultério, outra coisa, como quer CARRANCÁ Y TRUJILLO (Código Penal Anotado, 1967, pág. 650), é o que juridicamente, deva ser visto, com relação a seus efeitos penais. O mesmo ocorre não só no Código mexicano, mas também nos códigos penais brasileiro (art. 240) e argentino (art. 118), — que não definem o que seja adultério.

O mestre mexicano, acima citado, anota definição de adultério, que integrava as antigas Partidas (ob. cit., pág. 649):

> "Yacimient que ome faz a sabiendas con "mujer casada o desposada com otro." (VII, tit. 17, ley 1ª, de las Partidas).

De um modo geral, cabe à doutrina, então, definir o que seja adultério, sob o ponto de vista jurídico. Contudo, orientada, por vezes, na legislação peculiar de cada país, a doutrina não o faz de maneira uniforme.

O que se entende por adultério é o congresso sexual, em que um dos partícipes, pelo menos, é casado. MAGGIORE nos deu uma definição, que veio trazer novas luzes à questão, suprindo lacunas do direito positivo:

> "La doctrina definisce in generale l'adulterio (adultère, Ehebruch) come l'illecito congiungimento sessuale di una persona legata in matrimonio con una persona diversa dal proprio conjuge." (Diritto Penale, 4ª ed., vol. II, tom. II, pág. 651).

Tal definição é de ter aceitação geral, não só pela autoridade do mestre, senão também por sua concisão e clareza.

Resta, contudo, um aspecto do tema, que a dissenção doutrinária e o silêncio da lei, tornaram polêmico: o momento consumativo do ilícito ,isto é, aquele em que o delito se exaure.

Sobre os demais componentes da infração, há entendimento pacífico. A ignorância do estado de casado (a) do parceiro no ato sexual, constitui erro de fato. A violação e a posse mediante fraude, elidem o crime, quanto à mulher, fazendo-a vítima de outro. Só a vontade livre conduz ao elemento subjetivo, pressuposto do delito de adultério.

Elementos outros, como o perdão, o induzimento ou instigação pelo marido, ou, ainda, o curto prazo decadencial do oferecimento da queixa, vêm consignados em muitos diplomas repressivos.

A inexistência, porém, de descrição do tipo, pela ausência de definição, faz emergir, entre os doutos, absoluta discordância, no que tange à "meta optata". Como bem lembra JIMENEZ DE ASÚA (Tratado, 1958, III/592) o tipo exerce um papel d etranscedental garantia, pelo que é de toda importância a necessidade da descrição. Abster-se dela é condenável. E afirma o garnde penalista:
exerce um papel de transcedental garantia, pelo que é de toda importância a necessidade da descrição. Abster-se dela é condenável. E afirma o grande penalista:

> "El C.P. argentino nos oferece muestras de este errado sistema de eludir las dificultades de una definición, silenciándola; como cuando leemos... 'la mujer que cometiere adulterio' (art. 118), si que se nos diga que és." (Ob. e loc. cit.).

Conseguintemente, é de questionar sobre a adequação do fato ao delito-tipo. Quando se consuma o ato?

Diante da dissenção que lavra na doutrina, é de todo conveniente que se vá buscar no direito civil, — e mais especialmente no direito de família —, os subsídios necessários para o estudo da matéria. Há tratadistas que entendem deva a questão da identificação do ato ser atribuição do direito penal.

Não creio que esta última orientação seja correta. O Código Penal alemão (§ 172) incrimina o adultério, mas somente após a decretação do divórcio, fundado nessa causa, e na forma do que dispõe a Lei do Casamento (Ehegesetz), de 1946. Os civilistas, todavia, muitos deles, vão buscar, na área penal os elementos informadores, para a conceituação, ou melhor, para a identificação do aperfeiçoamento do ato jurídico do adultério.

O ato físico do adultério e sua adequação jurídica tem merecido a consideração dos escritores, sendo que sobre o assunto, como já se disse, não há unanimidade. Este fato, ou seja, a diversidade de conceituação da materialidade do adultério, tem-se constituído em pedra de tropeço, para a aplicação do direito.

O direito canônico dava como imperativa a cópula perfeita, com pessoa de outro sexo, sendo indispensável, dessarte, a consumação da conjunção carnal.

CARRARA (Ob. cit. vol. 3, § 1.885) diz que é necessária a "imissio seminis" ("seminatio intra vas"), para estabelecer o momento consumativo da infração.

Em polo oposto, coloca-se MAGGIORE ("apud" Carrancá Y Trujillo, ob. cit., pág. 652), que diz, uma vez a lei penal não define os elementos materiais do adultério, compete à doutrina ensinar que ainda os atos libidinosos, distintos da união carnal, podem, em alguns casos, caracterizar o adultério, desde que seja inequívocos e gravemente obscenos. E aí não se contam o beijo e os toques fugazes. De qualquer forma, o ato há que ser físico, material, corpóreo, porque a infidelidade platônica é inconcebível; somente poderia servir ao juiz como prova indiciária da prática de adultério material. O contato luxurioso deve ser, na opinião daquele autor, de pessoas de sexos opostos, ainda que seja o homem impotente, pois não se requer a introdução do pênis. Desse modo, para MAGGIORE, não podem constituir adultério as relações homossexuais femininas (tribadismo, safismo etc).

E, considerando que o mestre italiano fazia a exegese do direito peninsular, onde apenas se prevê o adultério da mulher, podemos estender, para seguir a linha de seu pensamento, tais conceitos para o homossexualismo entre os homens, aplicando a lição ao nosso direito positivo. Para o autor supramencionado, o delito se consuma ao efetuar-se o contato carnal, embora não seja reiterado. E tantas quantas sejam as relações sexuais mantidas ou os demais contatos luxuriosos havidos entre os amantes, serão, todos, catalogados como adultérios consumados.

Uma terceira corrente — e que congrega a maioria dos escritores, adota a tese que se situa entre os dois extremos acima transcritos. Dentro dessa orientação o adultério fica configurado, independentemente da existência de congresso sexual normal e completo.

Um dos corifeus dessa teoria, MANZINI, (Instituzioni di Diritto Penale, nº 354), assim se manifestou:

> "L'elemento materiale del delitto consiste nella violazioni dello ordine matrimoniale riconosciuto e disciplinato dallo Stato e legittimamente costituito,

> commessa mediante il congiungimento carnale volontario di una donna maritata con un uomo che non sia il marito. Ogni atto di libidine, diverso dal congiungimento carnale, normale o anormale, è insufficiente a concretare l'adulterio."

A maioria dos penalistas nacionais segue, nesse passo, a orientação de MANZINI (NELSON HUNGRIA, Dir. Penal, Parte Especial, 1937, II/113; MAGALHÃES NORONHA, Dir. Penal, 1974, 3/307; ROMÃO C. DE LACERDA, Comentários, VIII/381; RIBEIRO PONTES, Código Penal Comentado, 7ª ed., pág. 382). Todos eles perfilhando a tese da equivalência do coito vagínico com as demais modalidades de cópula (anal, interfemoral, oral etc).

Entrementes, BENTO DE FARIA (Código Penal Bras. Comentado, VI/166) e HELENO FRAGOSO (Lições de Dir. Penal, 1965, 3/714) só admitem o adultério pelo coito vagínico, ainda que incompleto.

Quanto aos civilistas, de um modo genérico tem como pacífico que os simples atos preparatórios do congresso sexual ou atos imprudentes, em relação ao dever de fidelidade conjugal, não constituem adultério, mas injúrias. Ainda mesmo a atividade sexual com pessoa de mesmo sexo, ou da mesma preponderância de sexo, não constituem outra coisa que injúria grave. É esse o ensino de PONTES DE MIRANDA (Tratado de Dir. Privado, vol. 8º, § 833), que assoalha que, para configurar o adultério, há que se consumar a violação material do dever de fidelidade, — a efetuação "re" dos romanos —, isto é, a realização física do ato, sem ser necessária sua consumação com a ejaculação no "vas" idôneo.

> "A doutrina tem entendido atualmente que as relações sexuais caracterizam, por isso, o ato, sendo desnecessária a 'imissio seminis' e mesmo a 'emissio seminis'". (PONTES DE MIRANDA, ob. e loc. cit.).

No mesmo sentido, tem-se inclinado a doutrina alienígena. GOEDSEELS (Commentaire du Code Pénal Belge, 1948, pág. 90) resume os pressupostos legais do adultério, *à luz da lei civil:* 1º — cópula consumada. Um ato obsceno não caracteriza o adultério, se não existir o congresso sexual de forma consumada. 2º — O casamento válido. 3º — O dolo geral.

Quer sobre o prisma do direito civil, quer à luz do direito penal, não se compreende como o coito vagínico seja tido como quebra da fidelidade conjugal, e a felação não o seja.

Entendo que há atos sexuais que lesam mais profundamente a estabilidade do lar, que a simples cópula pelas vias naturais. Os des-

vios e distorções da atividade sexual são, incontestavelmente, mais molestas para a harmonia conjugal, do que o ato sexual normal, ainda que com a conotação de adultério. A pessoa portadora de sexualidade anômala é, presumivelmente, de recuperação ou regeneração muito mais difícil, do que aquela de hábitos saudáveis.

O desenvolvimento científico criou, no campo objeto de nossos estudos, outra área de controvérsia. Será, a inseminação artificial, prática que se confunda com o adultério?

Através desse expediente de natureza científica, a esposa, portadora de determinadas dificuldades de caráter orgânico, para a concepção, pode, com mais facilidade, tornar-se mãe. O mesmo se diga no que se refere à incapacidade geratriz do marido. É, a mais das vezes, a solução para a esterilidade e a concretização de sonhos acalentados durante muitos anos.

A técnica da inseminação consiste em depositar o líquido seminal, com espermatozóides extremamente ativos, na parte vestibular uterina (colo do útero), ou em seu interior.

Acontece que a maternidade, até mesmo por questões atávicas, constitui, sob o ângulo psicológico, condição muito importante para a mulher. Por outro lado, a frutificação do amor conjugal, pela prole, é elemento de consolidação dos laços familiares, pela sobrecarga afetiva e de responsabilidades que a filiação, inevitavelmente, produz.

E, se o esperma aproveitado na inseminação artificial, não é do marido. Como conciliar esse fato com o art. 231, I, do Código Civil, que prescreve, como dever dos cônjuges, fidelidade recíproca?

Em sendo a mulher inseminada com sêmen de outro homem, que não o marido, entendem, COLIN et CAPITANT (Traité de Droit Civil, pág. 600), que se trata de adultério:

> "Si l'insémination artificielle se developpait, la question pourrait se poser de savoir si son emploi pourrai constituer l'adultère, au cas où, par exemple, une femme se prêterait à une insémination avec de la semence ne provenant pas de son mari. Nous estimons que la réponse doit être, en principe, affirmative: il y a, selons nous, incontestablement *relations sexuelles*, puis que le but de l'insémination est la naissance éventuelle d'un enfant. Nous ajouterons que le consentement du mari n'empêcherait pas qu'il y eût adultère".

A opinião acima, parece ser demasiado severa, mesmo para efeitos civis, decorrentes da projeção patrimonial, originada do eventual aumento da família. O que me parece mais consentâneo com a orienta-

ção doutrinária esposada pela maioria dos escritores, é a catalogação da inseminação, feita à revelia do marido como injúria grave, suposto para a concessão do desquite, na forma da lei civil. Aliás, outro não é o entendimento de PLANIOL et RIPERT, (Traité Pratique de Droit Civil Français, 1952, 2/388).

Para os efeitos penais, e considerando que um dos objetos jurídicos do delito de adultério é a fidelidade sexual prometida pelo casamento, não parece enquadrar-se penalmente como tal, a inseminação artificial, em razão de que inexiste o dolo geral, indispensável à configuração do ilícito, nem se caracteriza a materialidade, na forma do que dispõe a lei. Por outro lado, trata-se, o adultério, de crime bilateral e instantâneo. De que modo se poderia imputar o delito ao doador do sêmen?

Diante do exposto, deve-se entender como inexistente o adultério, por via da inseminação, em face da ausência de relações sexuais, ou melhor, "dada a ausência do elemento material da cópula", como quer CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (Instituições de Direito Civil, 1975, V/142).

Outro aspecto que desperta a atenção do interessado, é o derivado da extensão da imputação de adultério para ambos os cônjuges.

As legislações de muitos países imputam a prática do delito de adultério apenas à mulher e, não, ao marido. A orientação doutrinária, que informa esse tipo de legislação, se lastreia no fato de ser mais nociva à estrutura familial, o adultério cometido pela esposa. Esta, na condição de "rainha do lar" tem o ônus e a alegria do contato mais demorado com os filhos menores, daí lhe decorrendo a responsabilidade de plasmar a personalidade dos pequeninos seres entregues a seus cuidados. Em tais casos, os delitos sexuais da mãe a indisporiam, necessariamente, para a magna tarefa de formação moral dos filhos, que lhe teria sido cometida, pelo casamento e pela maternidade.

Como poderia a mãe, que, pela perda da honra, houvesse regredido na escala do dever, deitar, no espírito dos filhos, os alicerces de uma sólida educação moral? Já igual delito do pai, ainda segundo a teoria que se expõe, teria secundária influência junto aos filhos, a uma, porque sua presença no lar, ao lado das crianças, é menos contínua que a da genitora e, a duas, porque os deslizes de natureza sexual, afetam menos o homem que a mulher, não marcando, necessariamente sua personalidade, ao contrário do que só se acontecer com a mulher.

No direito gaulês, por exemplo, os deveres e direitos comuns aos esposos, vêm consignados nos arts. 212 e 215, do Código Civil. Aliás, o art. 212 soa que os cônjuges se devem, mutuamente, fidelidade. O adultério é previsto e punido pelos artigos 337 e 339 do Código Penal francês. COLIN et CAPITANT, (ob. e loc. cit.) explicam

que o adultério feminino recebe punição mais severa que o do homem, em consequência de sua maior gravidade familiar e social.

PLANIOL et RIPERT, (ob. cit., II/388), também ensinam que, para os que consideram o adultério como um crime, o do marido é menos danoso que o da mulher, porque não traz a respeita da filiação dos filhos. Já apreciando a infração sob seu aspecto meramente civil, é ela a mesma, praticada, que seja, por qualquer dos cônjuges,

> "parce que le diverce est la satisfaction accordée au conjoint et que venant du mari ou de la femme, l'offense est égale."

O Código Penal belga segue a mesma orientação do francês, a respeito da dessemelhança de punição para o adultério do marido e da mulher (art. 391). E a Exposição de Motivos assim explica a diferença: "Se o dano moral, segundo se diz, é o mesmo, o dano social é maior em um caso, que no outro." E mais:

> "L'adultère de la femme peut faire entrer dans la famille légitime en enfant qui n'appartient pas a celui que la loi regarde comme le père."
>
> (Exposé des motifs, II, nº 49).

A imputação maior da esposa adúltera, para fins penais, é que ditou a regra contida no art. 324, do Código Penal francês, a qual, para efeito de dosagem da pena, deu, como atenuante, no uxoricídio, o fato de haver sido, a vítima, pilhada em flagrante de adultério. A queixa só pode ser oferecida pelo marido e este só é punido por concubinato. E por concubinato, entende-se a habitualidade e o desrespeito ao lar conjugal, já que em seu interior é que se devem observar as práticas dos atos sexuais, para que se caracterize o concubinato. Pune-se, por conseguinte, o concubinato do marido, quando exercido no domicílio conjugal.

Há, entrementes, no direito penal gaulês, certos elementos comuns ao adultério da mulher e do marido: 1º — a consumação das relações sexuais (MAZEAUD, Leçons, I, nº 1424 e, no direito belga, DE PAGE, Traité, I, nº 859), salvo aquelas efetuadas fora das vias naturais; a tentativa não é punida. 2º — o fato de que pelo menos um dos agentes seja casado. (O divórcio já decretado e a nulidade do contrato nupcial, esta ainda que não seja judicialmente reconhecida, excluem o delito. Ao contrário, a simples separação de corpos faz subsistir o crime, no que tange à mulher). 3º — o dolo, atendidos a irresponsabilidade por alienação mental, a violação da mulher casada, ou o erro de fato, relativamente ao estado de viuvez e ao divórcio. A co-autoria é igualmente punida.

O direito italiano anterior não distinguia o adultério masculino do feminino. O Código Penal atual, porém, distingue, dando por

infidelidade do marido apenas o concubinato (art. 560). E só estabelecendo que há adultério, quando praticado pela esposa (art. 559).

A posição de dessemelhança, na lei penal italiana, entre o delito praticado pelo homem e pela mulher, deflui dos princípios adotados na lei civil peninsular. Esta, dá menor relevância ao adultério do marido, que só é pressuposto de dissolução do casamento, se concorrem nele, circunstâncias tais que constituam uma injúria grave para a mulher.

Comentando o texto legal, observou BARASSI, (Instituciones de Derecho Civil, trad. esp., 1955, I/258), que o Código Civil italiano "parece admitir a possibilidade de um adultério do marido, que não seja injúria grave para a mulher".

O Código Civil espanhol distingue, como já o faziam as antigas Partidas, o adultério do marido e o da mulher. Exige a lei que, para que se dê o adultério do marido, haja "escândalo público ou menosprezo da mulher" (art. 105, 1º, "in fine").

O direito positivo íbero-americano acompanhou a matriz européia. Desse modo, o Código Penal argentino (art. 118) reprime o adultério da mulher e apenas o amancebamento do marido, dentro ou fora do lar conjugal. O estatuto penal do Chile (art. 375) imputa o delito somente à esposa; cumpre ao marido oferecer a queixa (art. 376), prazo decadencial de um ano (art. 377). Segundo a lei penal chilena, o marido apenas responde pelo crime de concubinato e quando seu exercício se verificar no próprio lar conjugal, ou, se fora dele, com escândalo, considerando-se tal, aquele cuja repercussão social ou notoriedade importar em vexames à esposa.

CARRARA (Programma, § 1873º, todavia, defende, de forma lapidar, a igualdade do homem e da mulher, no delito de adultério: E, adiante, diz:

> "L'amore purificato nella sua più sublime idea, come lo sente ognuno che ne cerchi, il tipo nelle aspirazioni dell'anima e non nella mera brutalità dei sensi, tende al possesso della persona amata, e non è soddisfatto se non è corrispoto di eguale affetto: e non è soddisfatto e tranquillo se tale reciprocanza non presenta la idea della perpetuità almeno come un probabile subordinato alle accidentalità della vita; e non è soddisfatto se tale reciprocanza non sia esclusiva, cosicchè la persona amata diasi tutta a noi come noi ci diamo tutti a lei. Laonde la formula nella quale si estrinseca il più puro concetto dell' amore è quella che il volgo istintivamente ripete, *sei mia, tutta mia, sempre mia; sono tuo, tutto tuo, sempre tuo.*" (Ob. cit., § 1871).

Os códigos penais alemão e austríaco, tanto quanto o brasileiro, punem, do mesmo modo, o homem e a mulher. No que se refere ao direito civil, o alemão e o nosso não distinguem os agentes do adultério. O primeiro é até mais explícito, pois fez consignar, em seu direito positivo, (Lei do Casamento, § 42), que o ilícito pode ser praticado pelo marido ou pela mulher. Admite-se a compensação, em termos.

O Brasil que, no atinente à matéria, seguiu na esteira do direito germânico, não admite a compensação seja em matéria civil, quanto penal. Como ensina PONTES DE MIRANDA, (Tratado, 1955, 8/57), se ambos os cônjuges cometem adultério, ambos podem ser punidos, uma vez que, entre nós, a regra é que os crimes não se compensam.

O Código Penal brasileiro, de 1969, veio abrir uma exceção, exatamente nesta matéria, como se verá infra.

Outro aspecto interessante, que não escapa ao observador, é a situação criada pela menor de 18 anos, casada, a quem se atribui o crime de adultério.

De acordo com a lei civil, o menor se torna capaz com o advento do matrimônio. E pode ele contrair núpcias, os do sexo feminino aos 16 anos e os do sexo masculino aos 18 anos de idade.

Não obstante, todavia, de a moça de 16 anos a 18 anos incompletos, haver alcançado a maioridade civil, por via do casamento, é ela penalmente irresponsável. Até aos 18 anos incompletos, o menor delinquente escapa ao âmbito das normas penais (art. 23, do Código Penal).

Em sendo assim, a esposa, legalmente casada, menor de 18 anos, pode praticar, impunemente, o delito de quebra da fidelidade conjugal, sem que responda por isso. Nem, sequer, pode ser encaminhada para estabelecimento de re-educação, a título de medida de segurança, dada a ausência de periculosidade, que o delito apresenta.

Está, a jovem esposa, livre das sanções legais, impostas como consectários da tutela que o direito penal brasileiro estende sobre o casamento.

Finalmente, e "en passant", uma breve observação sobre o adultério de pessoas casadas, mas vivendo em estado de separação de fato ou de direito, desquitadas e em caso de bigamia.

Sobre o assunto, há lição proveitosa de PONTES DE MIRANDA (ob. cit., vol. 8, § 833). A lição foi ministrada, como é curial, com vistas ao direito civil.

> "Há adultério ainda que o ato tenha sido praticado após o abandono do lar por um dos cônjuges." (Cita uma decisão, neste sentido).

E, mais adiante:

> "...Em caso de bigamia, sem que haja sido decretada a nulidade do segundo casamento, tanto o cônjuge das primeiras núpcias, quando o das segundas pode alegar adultério."

A orientação atual do direito pretoriano, já não é a mesma do aresto invocado pelo insigne autor. Efetivamente, não se pode exigir voto de total abstinência sexual, quer para o homem, quer para a mulher, que, embora casada, se encontrem separados. Na esfera civil, observada a atividade sexual ilícita, conjuntamente com outros fatores, a sanção, considerada "in abstracto", seria a perda do direito à pensão alimentar ou à guarda dos filhos, ou ambas. O fundamento, porém, não seria o adultério, mas teria, por supedâneo, a inexistência de estado carencial para a pensão, a incapacidade moral para a educação dos filhos, etc.

No que diz respeito aos desquitados, há orientação de alguns penalistas, (ROMÃO LACERDA e GALDINO SIQUEIRA), que entendem haver adultério, ainda em se tratando de desquitados, já que o desquite não dissolve o vínculo. Para o primeiro daqueles autores, (Comentários ao Código Penal, 1959, VIII/379), não obstante haja crime, a ação não pode ser intentada, por força do § 3º, ítem I, do art. 240, do Código Penal.

O direito pátrio, todavia, e com sua natural dinâmica, vai-se adaptando aos novos tempos, buscando interpretar o sentir da moral média da população. A legislação já autoriza o reconhecimento dos filhos adulterinos, por parte de desquitados, e é curial que se não pode exigir fidelidade conjugal, de quem já não é casado. A indissolubilidade do vínculo só existe para fins de obstar novas núpcias.

ATO JURÍDICO E LIVRE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

O Código Civil brasileiro, em seu art. 81, define o ato jurídico como sendo

> "todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos".

O que distingue o ato, do fato jurídico, é a manifestação da vontade, sempre presente no primeiro e, algumas vezes, ausente do último — tal como ocorre na morte natural ou no nascimento. Conseguintemente, o que está na raiz do ato jurídico é o elemento volitivo, — que deve ser exercido livremente. COLIN et CAPITANT, (Cours, I, nº 54), deram o ato jurídico por manifestação da vontade individual,

capaz de produzir efeitos jurídicos. E CLÓVIS, com sua magistral capacidade de síntese, assim o definiu:

> "Ato jurídico é toda manifestação de vontade individual, a que a lei atribui o efeito de movimentar as relações jurídicas." ("in" Código Civil Comentado, I/261).

O ato jurídico, como tal, para que produza os efeitos jurídicos que persegue, há que obedecer a determinados requisitos: a) agente capaz; b) objeto lícito; c) forma prescrita ou não defesa em lei. (Art. 82, do Código Civil).

O que não convém, como lembra CARVALHO SANTOS, (C. Civil Interp., II/266), é atribuir, como requisito do ato jurídico, a manifestação da vontade. Esta, na verdade, constitui pressuposto daquela, informando, ou melhor, participando de cada um dos requisitos. A manifestação da vontade é "o princípio vital, verdadeiro substrato do ato jurídico", na expressão de PRATES DA FONSECA, ("apud" Carvalho Santos, ob. e loc. cit.).

Na capacidade do agente, contudo, é que o elemento volitivo se faz sentir de maneira mais pronunciada, embora não esteja, ele, ausente da licitude do objeto e do aspecto formal do ato. O querer, porém, há-de ser exteriorizado livremente. A ser de outro modo, vem, o ato, maculado de vício original.

Poucos autores estudaram como o civilista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, (Instituições, I, nº 83), a mecânica da manifestação da vontade e de sua declaração, no ato jurídico. Segundo esse autor, na esfera psíquica do elemento volitivo, distinguem-se três fases: a da solicitação, a da deliberação e a da ação. E esse seria o processo:

> "Primeiramente os centros cerebrais recebem o estímulo do meio exterior; em seguida, mais ou menos rapidamente, ponderam nas conveniências, e resolvem como proceder; e finalmente reage a vontade à solicitação, levando ao mundo exterior o resultado deliberado. O primeiro é a atuação exógena sobre o psiquismo; o segundo é a elaboração interior; o terceiro é a exteriorização do trabalho mental, pela ação." (ob. e loc. cit.).

O ordenamento jurídico reconhece a manifestação da vontade, como fonte criadora de efeitos, no campo do direito. A despeito disso, a atividade volitiva deve ser acompanhada de uma declaração de vontade, para que se não perca a manifestação do querer, no mundo da abstração.

Em princípio, os atos jurídicos são meramente consensuais. Daí, exsurge a importância da livre atividade volitiva, que deve aflorar,

sem peias, desde sua formação mais íntima. Como doutrina ENNECERUS, (Tratado de Derecho Civil, § 85), para a formação normal da vontade, deve estar presente a necessária liberdade da disposição de espírito do agente. E atendendo a essa livre manifestação e declaração da vontade é que COLIN et CAPITANT, (Cours, loc. cit.), afirmaram:

> "De toute manière, sans consentement, sans volonté, il n'y a pas d'acte juridique."

A emissão da vontade, através das faculdades intelectivas do homem, é a maneira habitual da declaração da vontade. Por via de palavras ou gestos ou atos, como o da escrita, o indivíduo dá ciência exterior de sua vontade.

Ao contrário, porém, dessa manifestação expressa da vontade, o silêncio pode, a sua vez, constituir forma de expressão da atividade volitiva do homem. O princípio de forma livre é apanágio do direito moderno e o preceito vem consignado no art. 129, do Código Civil.

Assim, a não ser quando a solenidade se imponha "ad substantiam", livre é a manifestação da vontade, revestindo o poder de força jurígena, criadora de direitos. E a aceitação do silêncio, como expressão tácita da vontade, deita raízes no direito romano, com PAULUS, mas só veio encontrar seu melhor supedâneo no direito canônico: "qui tacet consentire videtur". SERPA LOPES, (Curso, I, nº 200), que partilha a tese da aceitação do silêncio, como manifestação da vontade, pondera, apenas, que deve haver, como suporte, a boa-fé bilateral, seja da parte do que permaneceu silente, como a do terceiro, que recebe o silêncio e deve interpretá-lo.

O silêncio constitui uma sub-espécie da declaração expressa da vontade. No entanto somente pode ele ser assim considerado, quando leva à conclusão, — pela atitude voluntariamente omissiva da parte —, de haver sido revelada, pelo silente, uma manifestação da vontade inequivocamente identificada.

Tem-se, então, que, na base em que se apoia a pirâmide dos efeitos jurídicos, que dimanam dos atos das pessoas (naturais e jurídicas), se encontra a capacidade do agente, da qual decorre a liberdade de exteriorização de sua vontade. A respeito, doutrina VON TUHR, (Derecho Civil, Teoria General, 1947, vol. II, tomo 1, pág. 117):

> "El más importante entre los hechos jurídicos es el acto jurídico, esto es, la conducta externa, consciente y voluntaria. No son actos jurídicos, por una parte, los procesos y estados psicológicos internos y, por otra, la conducta externa que se produce inconsciente o involuntariamente como um movimiento del cuerpo ocasionado por fuerza ajena o 'vis absoluta'."

De tudo quanto se viu, conclui-se que a teoria da manifestação da vontade, no direito civil, é irmã gêmea da teoria da responsabilidade penal. E, considerando a anciania da primeira, justo é concluir que o instituto penal foi buscar, no direito comum, a inspiração, para o lineamento da teoria da responsabilidade.

Em outro passo, deste trabalho, já foi vista a estreita conexão do direito civil e do direito penal, no que tange ao crime de adultério. Para sua caracterização, a fonte principal é a lei civil. O mesmo ocorre com o delito de bigamia, entre outros.

Isso se justifica, porque há um condicionamento de base, comum aos dois ramos do direito. É certo, como assinala BENTO DE FARIA, (C. Pen. Bras. Coment. 1961. I/27), que a lei civil, — de natureza perceptiva —, pertence à área de direito privado, e a lei penal, — de caráter proibitivo —, gravita na esfera do direito público. Mas não é menos certo que os elementos de sustentação desses dois ramos do direito, são da mesma espécie: legal, moral e material.

Com relação à irresponsabilidade penal, com vistas ao delinquente menor, divergem, cronologicamente, a menoridade penal e civil. O princípio, contudo, que orienta o direito penal é o mesmo do direito civil, isto é, a lei se conduz, no sentido de resguardar os atos daqueles que, em razão da idade, não dispõe do discernimento necessário e suficiente, para o domínio da livre manifestação volutiva, positiva ou negativa (omissão), criadoras de atos jurídicos e injurídicos. Não domina, o menor, o perfeito sentido ético-social de suas ações. Ademais, como diz LEONÍDIO RIBEIRO, (Medicina Legal, 1933, pág. 379), uma criança não pode, de qualquer modo, ser considerada responsável somente porque ficou provado ter ela consciência do delito que praticou.

A livre manifestação volitiva, que informa o dolo, que, por sua vez, é suposto do crime de adultério, constitui ponto nuclear do estudo deste delito.

No adultério tem extraordinário relevo a expressão livre da vontade, não só pelo fato do dolo geral, como se disse supra, ser um dos pressupostos da infração, senão também para aqueles que abraçam a tese de que os desvios da sexualidade integram o tipo.

O DIREITO, O DELITO DE ADULTÉRIO E SEUS ASPECTOS MÉDICO-LEGAIS

O Código Penal de 1969 capitulou, em seu art. 264, o adultério como crime.

O objeto jurídico é a tutela da instituição familiar, através do amparo à fidelidade sexual, prometida por razão do matrimônio. Tutela-se a família, já que a nobre instituição é um dos alicerces da

Sociedade e do Estado. Estende-se a proteção à fidelidade sexual, porque é esta uma das vigas mestras do casamento, que, a seu lado, é a pedra angular da família. Por essa via, o manto protetor da lei cobre a moral pública.

MANZINI, (Instituzioni, nº 354), expõe:

> "Oggeto della tutela penale, in relazione ai delitti d'adulterio, è l'interesse sociale di assicurare i bene giuridici del buon costume e dell'ordine delle famiglie in quanto particolarmente si attiene all'ordine matrimonialle, quale instituzione giuridica d'ordine pubblico, contro il perturbamento cagionato dallo adulterio anche soltanto accasionale della moglie, o dal concubinato del marito."

É evidente que a referência ao concubinato é próprio da legislação penal italiana, que pune o adultério da esposa e, somente, o concubinato do marido.

Constituem requisitos para a tipificação do delito:

a) que pelo menos um dos agentes seja validamente casado;
b) a consumação da relação ilícita;
c) o dolo genérico, isto é, a intenção criminosa de violar a fé conjugal.

Compreende-se a preocupação do Estado, em preservar os laços familiares e a integridade de seu principal suporte, o casamento.

A família é o primeiro dos grupos sociais, e para o qual emerge o homem, logo após o nascimento. A princípio, é o único grupo de que participa ativamente o indivíduo. Só mais tarde, por volta dos 4/5 anos de idade é que vai ele relacionar-se com o grupo seguinte, o escolar.

Há que se erguer um dique de bom senso, contra as insidiosas tentativas de desagregação da família, que, hoje, parece ser desiderato inclusive de ideologias políticas.

Vive-se, atualmente, fase de transição social. Determinados preceitos, válidos através de gerações, são podados, e passam a aguardar novos cultivos, para que novamente brotem, vicejem e frutifiquem.

Nesse torvelinho de desajustes e desequilíbrios, o direito apresenta-se como a âncora que mantém o barco firme, em porto seguro. Mas não há ele que permanecer estático, pois é de sua própria essência evoluir, ao sabor dos fatos sociais, a que cabe regular. "O direito, — disse BARASSI, (ob. cit., I/3),

> "considerado como norma, não é senão uma regra da conduta, imposta aos indivíduos por um poder

central, superior a eles, com o fim de assegurar o pacífico e fecundo desenvolvimento de suas relações e a ttutela de seus interesses".

Relativamente à condição não estática do direito, no quadro social, assinala BETTI, ("apud" Cernicchiaro, Ciência Penal, 2/65), que o ordenamento jurídico é um organismo em movimento contínuo, em contínua transformação. E que apenas em seu aspecto formal, a lei não se modifica. Ela se integra e se impregna do espírito do tempo e da sociedade, a que se destina.

A moral é a fonte de inspiração do direito. Embora tenha amplitude maior do que este, naquilo que interesse ao relacionamento ou iteração entre os indivíduos do grupo social, merece, através do ordenamento jurídico, a tutela do direito. Aliás, VON LISZT, (ob. cit., II/1), tem-no como objetivando ordenar a sociedade organizada em Estado.

É o homem, pois, vivendo em sociedade, o alvo e a preocupação do direito. Daí, o caráter nitidamente humanista do direito penal. E não foi por outra razão que FELICE BATTAGLIA afirmou que o direito tem função de instrumentalidade, em relação à ética. ("apud" Campos Batalha, Introdução ao Direito, 1967, I/71).

Tem, destarte, caráter imperativo, a distinção entre moral e direito, e a conceituação deste como entidade instrumental daquela No relacionamento com seus semelhantes, o homem se guia por seu senso moral, — uma espécie de bússola espiritual, em que a agulha imantada, conduzida pela consciência, aponta a melhor conduta. Como quer ALVES GARCIA, (Psicologia Forense, 1945, pág. 16):

> "Senso moral é a faculdade adquirida lentamente de reconhecer intuitivamente e seguramente o bem e o mal, sobretudo nos fatos concretos; a consciência moral é ao mesmo tempo um instrumento de apreciação e de discernimento."

Tanto a moral, quanto o direito, têm conteúdo geral e abstrato. Geral, porque têm aplicação abrangente, interessando a todos os membros da comunidade. Abstrata, pois cuidam de situações nem sempre definidas, embora, nesse aspecto, o direito, por importar em consequente ordenamento, tenha natureza mais concreta. Leciona BARASSI, (Instituzioni, 1914, pág. 9):

> "La norma giuridica ha un contenuto astratto, il precetto morale un contenuto più concreto. Tutte e due hanno un carattere di generalità, in quanto la regola di condotta in essa contenuta si riferisce a rapporti che possono verificarsi per un numero indeterminato di persone è il carattere universale e astratto proprio della norma."

Alguns entendem que se há de discernir entre conceito abstrato e conceito positivo de moral. VICENTE RAO, (Ato Jurídico, nº 55), diz que se o conceito abstrato de moral tem caráter absoluto, tal não acontece com o seu conceito positivo, que seria variável no tempo e na época. O conceito abstrato de moral está condicionado às mutações éticas, dentro da mesma coletividade.

A moral, entrementes, de que se vale o direito, como base, para construir o ordenamento jurídico de um Estado, é a moral pública. E esta nada mais é que o conjunto de normas não escritas, fruto da cultura de um povo, e aceitas, como válidas, pela média dos componentes do grupo social. Tais normas são sancionadas e fixadas, como regras de conduta, pelo ordenamento jurídico, que inquina de nulidade os atos que as violarem (direito civil) ou contrapõe a pena às lesões, cometidas contra elas (direito penal).

Embora o direito, inclusive para inspirar o respeito e o culto dos cidadãos, tenha de possuir condições de solidez e permanência, é de sua condição intrínseca a plasticidade, a natureza dinâmica de seus institutos, até para que ele não se estratifique no tempo, perdendo o "compasso da vida", e ficando alheio aos fatos sociais, que tem por finalidade orientar e regular.

A essa altura, vale lembrar a concepção de CARRARA sobre a origem e o fim do direito penal, o qual, partindo da consideração de delito como um ente jurídico e da ciência do direito penal como uma ordem de razões, que emana das leis morais, jurídicas e que obrigam os legisladores, conclui a legitimidade da repressão e os limites que devem impor-se à mesma, para concluir que o direito criminal é o complemento da lei moral e jurídica.

O Código Penal de 69, a exemplo do de 40, inscreve o adultério como crime. E, na lição de VON LISZT, (ob. cit. I/183), "crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena e injusto é a ação culposa e contrária ao direito".

GAROFALO, (Criminologia, trad, port., pág. 93), mestre da escola positiva, define o crime como a violação da parte média e imutável do senso moral das sociedades e acusa os criminosos de faltarem com o sentimento de piedade e ausência dos instintos de probidade. Esses defeitos seriam comparáveis à falta de um órgão ou de uma função fisiológica, e, por isso, os delinquentes seriam seres desumanizados, idéia que o conduz à concepção da anomalia moral do criminoso.

O delito, para os positivistas, tinha sempre um valor sintomático. Sintetizando-o, CARNELUTTI, ("apud" Molina, Derecho Penal, I/147, 1972), disse:

> "O delito não é o homem que morre, mas o homem que mata."

Eliminados os pontos controvertidos da escola positiva, é inquestionável que algumas de suas verdades atravessaram o tempo:

1º — o determinismo psicológico é que vicia a livre manifestação da vontade do delinquente;

2º — a responsabilidade social é a base da responsabilidade penal;

3º — o criminoso, seja do ponto de vista biológico, seja psiquicamente, é um anormal.

Ainda recentemente, WILLIAM KICKSON, do laboratório de Psicopatologia da Penitenciária de Chicago, depois de analisar mais de 40.000 convictos, conclui que 99% deles são anormais ou, pelo menos, emocionalmente insanos.

Sob o prisma sociológico, pode, o delito, ser caracterizado como um fenômeno anormal ou psicológico? DURKHEIM, ("apud" Alves Garcia, ob. cit. pág. 10/11), assinala que um fato social é normal, para um tipo social determinado, considerado numa fase, determinada de seu desenvolvimento, quando se reproduz na média das sociedades de sua espécie, e considerada na fase correspondente de sua evolução. O crime é fenômeno social, incidente em sociedades de todos os tipos e de todos os tempos. O progresso material das nações e a consequente evolução social parecem não ter efeito significativo sobre a taxa de criminalidade. O crime, pelo refinamento da educação, pode mudar de forma, mas sua incidência não cai, conforme o testemunho das estatísticas oficiais, as quais revelam a manutenção das taxas de delinquência nas diversas comunidades. O crime é, pois, fenômeno social, próprio das comunidades, independentemente do estágio de desenvolvimento, em que se encontrem.

Na etiologia do crime, nunca é demais pesquisar a causalidade biológica. Após os pretéritos fundamentos da teoria fisiognômica, que afloraram com LOMBROSO, tem-se multiplicado as tentativas de classificação dos delinquentes, segundo suas deficiências psico-somáticas. Desse modo, se LOMBROSO, ("O Homem Delinquente"), deu vaza à criação da teoria psiquiátrica da herança criminal e GORIG, com sua diátese criminal, emprestou importância secundária ao meio, LANGE, ("O Crime Como Destino"), através do estudo dos gêmeos vitelíneos, na área penal, ressaltou o fato endógeno da delinquência.

A divulgação da atividade hormonal no Homem, quase cria uma endocrinologia criminal, como lembra ALVES GARCIA, eminente escritor e médico, do Manicômio Judiciário, do Rio de Janeiro, (ob. e loc. cit.). A tipologia de SHELDON ensaia a criação de uma escola própria. E a sintomatologia patológica, descrita à luz da herança cromossômica, por certo vai encontrar novos rumos, para o estudo da etiologia do delito, no âmbito da Medicina-Legal.

Contudo, e a despeito das recentes pesquisas médico-legais, atinentes à matéria, não se pode perder de vista as escolas sociológicas alemã e francesa, (VON LISZT e LACASSAGNE), que impunham a influência do meio social, sobre o caráter delitivo do homem.

Diante da moderna contribuição médico-legal, entretanto, avulta a importância da constituição psico-somática do delinquente, para a aplicação do direito. Hoje em dia, o criminoso é julgado não somente pelo crime que cometeu, senão também pelas circunstâncias que cercaram o ato delitivo (art. 42, do Código Penal.

BETTIOL, (Dir. Penal, 1971, II/73), estudando o assunto, afirma:

> "Se a lei formaliza e embalsama o homem na fria expressão de "aquele que", com a qual se abre qualquer artigo do código, é sempre exato que nos subterrâneos se fermenta e se agita a série multicolor das personalidades humanas, diversas entre si por razões intelectuais, caracterológicas e sociais. É sob este aspecto que é considerado o problema de adequação entre sujeito e ação que muitas vezes recordamos."

São consideradas doenças mentais, na lição de BETTIOL, (ob. cit., pág. 75), as doenças mentais verdadeiras, as psicoses, as doenças ou alterações das funções intelectivas ou volitivas do agente, que altetram a percepção da memória, a ideação, a voluntariedade etc. E conclui:

> "Uma grave alteração dos instintos (por exemplo, no campo sexual) pode constituir também matéria para uma conclusão a respeito da presença de uma *personalidade psicopática* incapaz de direito penal."

Em sendo assim, fica assinalada a livre manifestação da vontade, como condição "sine qua non", para a punibilidade dos atos antijurídicos. E, com isso, cresce o raio de influência da Medicina Legal, na fixação da responsabilidade penal. Na área da psicologia forense, propriamente dita, é que deveríamos incluir o estudo dos limites normais, biológicos, mesológicos e legais da responsabilidade penal e da capacidade civil.

Positivamente, poucos são os delitos em que mais instante se faz o estudo da sanidade do agente, do que no delito de adultério. Notadamente, a adotar-se a tese, que goza dos favores da maioria da doutrina, de que as relações sexuais, ainda que fora do "vas" idôneo, constituem elemento material do crime.

Às anomalias da sexualidade, que integram a sexologia forense, são, muitas vezes, motivos condicionantes e restritivos da livre expressão da vontade. No quadro das perversões sexuais, aquela que apresenta sintomatologia mais precisa é a ninfomania ou uteromania, vulgarmente conhecida por "furor uterino". Aí, o componente amoroso desaparece, restando a frieza. Perde a mulher, a possibilidade de atingir o orgasmo, embora tenha desejo sexual. Segundo FLAMÍNEO FÁVERO, (Medicina Legal, 1966, II/173), as causas dos transtornos da sexualidade apresentam-se, muitas vezes, como verdadeiros sintomas de males mentais adquiridos.

Já LEONÍDIO RIBEIRO, (Medicina Legal, 1933, pág. 356 e ss.), fala da estreita conexão entre a teoria sexual das neuroses com as perversões:

> "...não há um só neurótico que não apresente tendências homossexuais."

Muitos sintomas, apresentados pelos neuróticos, apenas traduzem a inversão em estado latente. De acordo com esse mestre nacional, a própria paranóia não passaria de uma tentativa de repressão de impulsos homossexuais violentos.

Em outra obra sua, LEONÍDIO RIBEIRO se manifesta favoravelmente à teoria que explica o homessexualismo masculino

> "como resultante de uma predisposição congênita, de natureza somática, ligada a alterações do equilíbrio do funcionamento das glândulas endócrinas."
> (De Médico a Criminalista, 1967, pág. 237).

Parece certo, segundo a psicanálise, que o coito anal releva fixação anal da libido; ao passo que a cunilíngua e a felação resultariam de sua fixação oral. De qualquer forma, porém, essas e outras atividades anômalas da sexualidade, capítulos da sexologia forense, revelam ser seus executores, as mais das vezes, personalidades psicopáticas.

FREUD tentou explicar, em sua teoria psicogenética, a inversão sexual, à base de recalques e complexos, oriundos da infância. A melhor doutrina, contudo, ensina LEONÍDIO RIBEIRO, (De Médico a Criminalista, 1967, pág. 238), dissociou-se do pensamento do sábio austríaco, atribuindo a essa anomalia uma causa ou predisposição orgânica, considerando-se elemento agravador a influência do ambiente, especialmente até a puberdade. E conclui:

> "O desenvolvimento da endocrinologia e os recentes estudos experimentais sobre as glândulas de secreção interna trouxeram novas luzes a esse ramo da biologia, e especialmente aos estudos das anomalias do instinto sexual." (Ob. e loc. cit.).

DESMAREZ, (Manuel de Medicine Légale, 1967, pág. 420), e HÉLIO GOMES, (Medicina Legal, 1966, pág. 459), dão, por portadores de doenças mentais, os pervertidos sexuais. Inquestionavelmente, a homossexualidade encerra grave problema médico-psicológico, ademais de ser séria questão social. Ao que parece, o tratamento médico e a psicoterapia tem-se revelado de pouca valia, para a solução do problema do homossexualidade, masculina ou feminina.

Uma das enfermidades mentais, que costumam conduzir ao adultério, é o erotismo, cujo principal sintoma é o aumento desordenado do desejo sexual.

Sem falar na satiríase, no priapismo ou na eretomania, — formas mais acentuadas do caráter patológico do erotismo, este nada mais é do que a exaltação temperamental do desejo.

O erotismo feminino, de feição temperamental, marcado pela incontinência, denomina-se ninfomania. A mulher portadora desta enfermidade, diz HÉLIO GOMES, (ob. cit., pág. 442/443), pode ir ao crime, a excessos escandalosos, à prostituição, ao suicídio, enfim, "as mulheres facilmente se prostituem ou cometem adultério".

Os portadores de erotismo são pasto do mais desenfreado apetite sexual, ao qual são obrigados a atender por compulsão inafastável. De ordinário, são praticantes, quando não vítimas, dos delitos do sexo.

Para HÉLIO GOMES, (ob. e loc. cit.), determinadas formas de alienação mental às vezes começam por um exagero anormal do apetite sexual: paralisia geral, psicose maníaco-depressiva etc. Ainda para o mesmo autor, a endocrinopatia determina, ou facilita, o aparecimento da perversão (ob. cit., pág. 459).

Embora não sejam, as anomalias da sexualidade, infensas às causas sociais, tem-se, por certo, que a função dessas é, precipuamente, de agravar ou precipitar o fenômeno. Na origem da doença mental de fundo sexual, vamos encontrar causas de origem patológica. Na psiquiatria, uma corrente afirma que a infidelidade marital constitui expressão-sintoma de possível neurose básica subjacente. E, não poucas vezes, é punido o agente a quem a enfermidade tornou penalmente irresponsável.

Na delicada teia da convivência conjugal, as rupturas não se observam "ex abrupto", mas seguem um processo lento, que só o sobrevir da moléstia pode acelerar. Os delitos de infidelidade conjugal tem que ser vistos com critério especial de valoração. Não trazem, eles, a simplicidade ou menor complexidade das infrações contra a vida ou contra o patrimônio.

Sobre o assunto, há um escólio precioso de CAPRIO, (Infidelidade Conjugal, 1967, pág. 16 e ss.):

"Toda mulher e todo homem tem personalidade dupla. Uma parte de nós deseja viver à altura de nosso código moral (o 'Superego', de Freud), enquanto a outra deseja zombar dele, (o 'Id', também de Freud)."

Na verdade, moram, dentro de cada um de nós, anseios e desejos, que necessitam receber a orientação e a disciplina de nosso senso moral. Todavia, o sentir moral varia de homem para homem, segundo as regras do berço ou aquelas hauridas com a educação. Diferimos de força moral como diferimos de força física.

À exclusão do erotismo (ninfomania, entre as mulheres), catalogado, por todos os autores, no quadro das doenças mentais, as demais perversões sexuais colocam-se em zona cinzenta, gerando controvérsia sua classificação patológica.

Constitui, sem dúvida, séria dificuldade para o julgador, ao editar o "decisum", aplicar, ao caso concreto, o disposto no art. 42, do Código Penal. Os meandros de natureza subjetiva, que sobrepairam na decisão, desafiam a argúcia e a inteligência do aplicador da lei, para que não sofra lesões, a estrutura lógico-jurídica da sentença.

A EXCLUSÃO DO DELITO DE ADULTÉRIO DO CÓDIGO DE 1969, COMO IMPERATIVO DE DIREITO

Diante do exposto, por que, então, capitular, na lei penal, o delito de adultério? Não seria, ele, antes e apenas, um ilícito civil? Por que punir o infrator penalmente, (art. 240, do Código Penal) e civilmente, (art. 317, I, do Código Civil)?

O adultério é, antes de tudo, ato de infidelidade. E, consoante a lição de CAPRIO, (ob. cit., pág. 14), a infidelidade envolve deslealdade. É um abuso de confiança, da confiança de alguém. Sendo o casamento uma sociedade, a falta da fidúcia cria situação incompatível com a existência da vida em comum, pelo que a sociedade está consequentemente desfeita.

A família é uma das instituições em que se apoia o Estado moderno. Enquanto preservada a sanidade da família, tem, o Estado, condições de viabilidade. Pode passar por vicissitudes, manter estado de beligerância com potências estrangeiras, enfrentar convulsões internos, ser assolado por cataclismos e hecatombes. Pode, por tudo isso, passar e, todavia, restabelecer-se, desde que sua principal base de sustentação — a família — permaneça sã.

Inegavelmente, a família estrutura-se em torno do casamento. A despeito da onda avassaladora de desquites, do assédio que lhe movem os adeptos do amor livre e outras teorias amorais, o matrimônio é o melhor selo garantidor da integridade familiar.

Daí, decorre a preocupação do Estado com a família e que se cristaliza na Constituição Federal, que soa:

> Art. 175 — A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

Quando se propõe, a Lei Fundamental, a estender o manto de sua proteção à instituição jurídica da família, o objetivo que, sobretudo, persegue é a preservação da família, como instituição social. Isso se depreende do fato de que a proteção constitucional não se restringe às famílias de nacionais, — que são presas pela indissolubilidade do vínculo —, mas se estende às famílias estrangeiras, instituídas em seus países originários, nos quais o ordenamento jurídico admite o divórcio a vínculo.

A família, como instituição, tem suas bases solidamente plantadas, mas não é um bloco estático. Ela tem vida e absorve, no fluir dos tempos, as mudanças ditadas pela evolução social. Quando o processo evolutivo se acelera, o direito e a moral cuidam de frenar o ritmo apressado das transformações sociais, no âmbito familiar. Faz-se necessário que as mudanças sejam absorvidas e trabalhadas pela moral pública, para, depois de aceitas, integrarem a instituição familial, quando, então, não lhe causam mossa.

Sobre o assunto, PONTES DE MIRANDA, (Comentários à Constituição de 1967, 1968, VI/301), professa:

> "Tanto é pernicioso querer-se que ela (família) continui de ser o que antes fora, tal como seria, por ex., a família romana, quanto querer-se a sua extinção. Na vida real, esses dois tipos se sucedem e se digladiam: o dos reacionários, que pretendem para o sol, as coisas, a evolução; o dos revolucionários que lutam pelas forças simplistas da extinção. Regra sábia de política é *construir* o que se há de colocar no lugar em que se *destruiu*, ou se *vai destruir* .....
> ....
> A grande superioridade dos povos nórdicos está em que não se apegou a formas mortas da instituição da família; nem se lançou em teorias catastróficas, derrubadoras da instituição. A experiência histórica tem mostrado que as catástrofes vêm nos países em que os reacionários mais atuam."

Mais do que a instituição jurídica da família, visa, a Constituição, a garantir a ela como instituição social. Tanto merece proteção constitucional (ou do Estado) a família presa pela indissolubilidade do vínculo, como é essa proteção estendida às famílias estrangeiras, onde outras são as regras de direito de família.

No nosso direito positivo, quando ordena as coisas da família, observa-se incontestável influência do direito canônico. Todavia, no que diz respeito às uniões extra-legais e à adulterinidade dos filhos dos desquitados, a lei ordinária tem recebido o influxo da evolução social, e, em consequência, criado novos conceitos e novas normas reguladoras das relações familiares extra-legais. Cumprindo sua orientação histórica de dar o lineamento geral da vida do Estado, a Constituição Federal só fez insculpir, em seu texto, de forma mandamental, a disposição sobre a indissolubilidade do vínculo conjugal, assim como somente pôs sob tutela especial a família legitimamente constituída.

Pôde, destarte, a lei ordinária, iniciar um lento processo de adequação dos interesses familiares às exigências da evolução social. A legislação previdenciária e a de infortunística romperam os liames e tradições contrárias ao bem-estar da coletividade e à segurança dos cidadãos e deram novo ordenamento aos direitos da companheira, no mesmo passo que atenuaram a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, para fins de percepção de vantagens indenizatórias.

* * *

O direito penal brasileiro, inspirado no alemão, pune o crime de adultério do marido ou da esposa, indiferentemente. VON LISZT, (ob. cit., pág. 160), porém, ensina que o período filosófico do direito alemão via no adultério, somente a ofensa de um direito puramente civil, resultante do contrato matrimonial, o direito à prestação do dever conjugal e ao exclusivo comércio carnal.

Entre nós, NELSON HUNGRIA pôs sua pena e seu gênio na defesa da manutenção do adultério, no elenco dos crimes previstos na lei penal. A Exposição de Motivos diz que "não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal". A maioria dos penalistas nacionais acompanha o pensamento de NELSON HUNGRIA, relativamente ao assunto.

Não é de agora, entretanto, que a doutrina, nacional e alienígena, se encontra dividida. Entre os escritores, que já se manifestaram contrariamente à capitulação do adultério, como delito, podemos citar, entre outros: BECCARIA, VOLTAIRE, FILANGHIERI, PESSINA, LUCCHINI, FERRI, PUGLIA, TISSOT, PIROMALLO, POZZOLINI, MANZINI e, entre nós, LEMOS BRITO, HELENO FRAGOSO e HÉLIO GOMES.

No mesmo sentido, manifestou-se, em resolução, o IX Congresso Internacional de Direito Penal:

> "L'adultère ne doit pas être pénalement incriminé." ("in" DESMAREZ, ob. cit., pág. 366).

O adultério é, sobremaneira, uma ofensa aos bons costumes. Nossa lei, a exemplo da alemã, não definiu o que sejam "bons costu-

mes". A eles, referiu-se no art. 17, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dar por ineficaz as leis e atos estrangeiros que os violarem. Bons costumes, diz VICENTE RAO, (ob. cit., nº 56), é o modo constante de se proceder de acordo com os ditames da moral social, segundo cada povo a concebe.

Não procedendo segundo determina a moral pública, que se encontra resguardada pelo ordenamento jurídico, age, o indivíduo, "contra legem". Pratica um ilícito civil.

Não há distinção ontológica entre ilícito civil e ilícito penal. Em ambos, confundem-se os iguais pressupostos éticos: imputabilidade do evento ao livre ato volitivo do agente e a lesão à norma escrita preexistente.

> "Dans tous les domaines, la faute comporte deux éléments, l'un surtout objectif, le devoir violé, l'autre plutôt subjectif, l'imputabilité à l'agent."
> (RENÉ SAVATIER, — Traité de la Responsabilité Civile, 1951, I/5).

Com relação ao ato ilícito, cabe dizer que toda conduta é lícita, à exceção, é claro, das ilícitas. E ato ilícito, como define CLÓVIS, (Teoria Geral do Direito Civil, 1975, pág. 270), é o que, praticado sem direito, causa dano a outrém. Ou, conforme VON TUHR, (ob. cit., pág. 135), o ato é ilícito, quando contraria as normas dos direitos público e privado.

Em direito, não se prescreve a conduta lícita, mas, apenas, aquela que não o é. As leis, muitas vezes, estabelecem a conduta legal, através de seus mandamentos, ao dizer, por exemplo, que: "o credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou notadamente, a dívida comum" (art. 904, do Código Civil). Nesse caso, não está, contudo, a norma criando a conduta lícita, nem criando direitos, mas delimitando as dimensões da conduta lícita, e lícita porque não é vedada.

Tratando do assunto, ensinou KELSEN, (La Teoria Pura del Derecho, Bs.As., 1960, pág. 44):

> "Quando o ato do indivíduo não está proibido por uma norma jurídica, o direito positivo impõe aos demais a obrigação de não impedir seu cumprimento. Uma conduta que não está juridicamente proibida, está juridicamente permitida."

É, ainda, o mestre vienense que afirma as normas jurídicas são positivas, porque foram criadas por um ato cumprido no espaço e no tempo, por indivíduos que possuem a qualidade de órgãos ou membros da comunidade constituída por tal órgão. (KELSEN, Teoria General del Derecho y del Estado, trad. mej., 1950, pág. 3, 116 e 117).

De um modo geral, a lei descreve uma conduta típica, a que corresponde uma sanção. A conduta não é objeto de sanção porque lesa determinados princípios, valores ou interesses. Ela é sancionada porque colide com a norma vigente e criada por órgãos, para tanto qualificados. BINDING já dizia que o infrator não viola a norma, mas com ela se adequa. A lei não proibe furtar, apenas comina uma sanção a quem o faz.

Adequando-se, pois, à norma legal, ao impedir ela determinada maneira de procedimento, pratica, o agente, o ato ilícito.

Se o ato jurídico lícito tem o condão de gerar faculdades para o agente, certo é que o ato ilícito, ao invés de faculdades, gera obrigações e deveres. E tal ocorre pelo fato da iliceidade do ato ferir direitos alheios, pois se não os ferisse, seriam indiferentes ao ordenamento jurídico, e, "ipso facto" lícitos seriam.

O ato ilícito exige, originariamente, e tomado abstratamente, determinados pressupostos, que CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA assim classifica:

"a) uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior (Ennecerus);
b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma (Ennecerus);
c) a *imputabilidade*, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente;
d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito."
("in" Instituições, I/562/563).

Há os que entendem o ilícito civil como atípico, para diferençá-lo do ilícito penal, que obedece à tipificação. Todavia, o ilícito civil assim o é, na medida que infringe a norma reguladora da espécie. Não havendo lei expressa, nem havendo transgressão a texto legal, porventura existente, não há que se falar em ilícito civil. Será, se colidir com os bons princípios, transgressão de natureza moral.

O simples fato de o adultério configuurar ilícito civil, resguarda os interesses da instituição familiar. Qualquer lesão dos deveres matrimoniais cria novos encargos e estabelece novas responsabilidades entre os cônjuges. Desde a edição da sentença constitutiva de desquite, com seu caráter jurígeno, até a possível fixação de pensão alimentar e outros consectários previstos em lei.

O direito penal tem seu âmbito e finalidades específicas. O que pertence à esfera civil, nela deve ser resolvido. É princípio que melhor se harmoniza com a função social do direito. O direito penal tem caráter eminentemente repressivo, ao passo que o direito civil tem na-

tureza reguladora, mais afim com os problemas conjugais, advindos da infidelidade marital. Analisando a questão, à luz das idéias positivas, dizia PUGLIA, em seus "Prolegomenos", que é, justamente, sob essas idéias que se aprende o fato de que o poder social não tem nenhuma missão divina a cumprir, senão uma tarefa simplesmente humana, já que seu objeto é manter a ordem social e promover o bem-estar material e moral de todos os associados.

Que o adultério deva ser punido, por importar em violação aos interesses da família e do Estado, é coisa fora de discussão. A transposição, contudo, para a esfera penal, de matéria eminentemente civil, é que não se coaduna com a orientação ontológica do direito penal. O casamento, embora seja matéria de interesse público, é contrato de direito privado. Dele, a Sociedade não é parte.

A honra do sexo, na vida dos adultos, — já lembrava ROBERTO LYRA —, "se encontra na resistência à pressão animalizadora, na réplica do estudo, do trabalho, da luta, sem prejuízo do sentimento e do respeito próprio." ("In" Direito Penal Normativo, 1975, pág. 81).

Não pode, a lei, afastar-se de sua fonte de inspiração, que é a moral média do grupo social, cuja interação vai regular. Não pode ir além, pois perderia seu sentido de comando. Não pode quedar-se aquém, pois seria o caos.

Deixando de interpretar o sentir da média da população, torna-se, a lei penal, inadequada para sua missão de, pela ameaça e pela repressão, afastar o crime. Cabe, aqui, reproduzir o conselho de PIROMALLO (Enc. Forense, 1958, I/112):

> "La legge punitiva deve, nei suoi comandi o divieti, calcolare sulla morale media. Se si volesse imporre una morale di eccezione la norma penale rappresenterebbe, con la sua sanzione, una minaccia davvero vana e certamente inadatta a prevenire il reato."

À evidência, a lei penal se efetiva por intermédio da sanção, que deve ter caráter recuperativo e, não, meramente retributivo. Entrementes, no delito de adultério, as penas são de tal forma ínfimas, que se desfiguram, não tendo nem caráter recuperativo, nem retributivo, nem qualquer outro. (Art. 240 — Pena: detenção de quinze dias a seis meses).

No Código Penal italiano a pena máxima alcança um ano, e, ainda assim, mereceu o desfavor de MAGGIORE, (ob. cit., pág. 652), que entendia ser preferível abolir o delito, a manter a pena ridícula, que, para o mesmo, é cominada. Aliás, para o mestre peninsular, a pena, sempre leve, para essa espécie de crime, parece obedecer a critérios de "assoluta convenienza", (ob. e loc. cit.).

Outro aspecto que desnuda o lado negativo da incriminação do adultério, é o fato de serem extremamente raros os processos penais, com fulcro nesse delito. Há magistrados que se aposentam, sem nunca ter postos os olhos sobre processo de tal natureza. Justamente por isso, SOLER, (Derecho Penal Argentino, 1945, 3/334), ao discorrer sobre o crime de adultério, disse:

> "Vamos a estudiar, pués, una figura delictiva que entre nosotros goza de tan poco prestigio doctrinario como estadístico."

TISSOT, (Droit Criminel, tom. 2, pág. 216 e ss.), via no adultério a violação de um dever jurídico e, não, um crime. Baseava-se no fato de que não há um princípio jurídico constante, em que possa a punição penal apoiar-se. E POZZOLINI, ("apud" Heleno Fragoso, Lições de Dir. Penal, 1965, 3/712), afirma que o adultério ainda é considerado crime somente pela lei da inércia. E diz que "a dissolução do vínculo conjugal constitui, na sociedade atual, sanção jurídica bastante". FRAGOSO, (ob. cit., pág. 713), adere à corrente contrária à capitulação do crime de adultério.

Quem, contudo, produziu a melhor página sobre o assunto, foi MANZINI, (Tratatto di Diritto Penale, 1963, VII/680), que, advogando a não inclusão do adultério no estatuto repressivo, considera inútil e inoportuna a incriminação desse ilícito civil:

> "Inutile e inoportuna, appunto, perchè la minacia penale (lo si può assicurare con piena certezza) non ha impedito e non impedirà neppure un adulterio: e i rarissimi procedimenti per questo delitto, posti in relazione all'infinito numero degli adulteri, da un lato attestano che gli stessi offesi nella maggior parte dei casi hanno il buon senso di preferire mezzi reattivi diversi dalla querela, e, dall' altro, non fanno che suscitare scandali socialmente e familiarmente dannosi, esponendo inoltre al ridicolo l'ingenuo che, al tradimento subìto, ha voluto aggiungere le publiche beffe."

Por outro lado, a etiologia do crime tem-se condicionado, cada vez mais, ao estudo dos fatores exógenos e endógenos. Entre estes, a anomalia cromossômica, como elemento subjacente da personalidade do delinquente. Não é possível fazer a adequação do fato ao delito-tipo, com fundamento, apenas, nos preceitos técnicos.

GRAF ZU DOHNA, citado por Cernicchiaro, (Ciência Penal, 2/62), observa ser um grande erro, em que incorre grande parte da teoria e toda a prática, crer que o material crítico para a valoração jurídica da conduta humana, está integralmente contido nos preceitos técnicos formados. Por isso, afirma ele, é condição primordial dispor de um critério para medir o conteúdo do direito positivo.

À melhor orientação, pois, é a que entende seja, o adultério, tido apenas por infração civil. É na área civil que a infidelidade conjugal vai produzir, à exaustão, todos os seus efeitos. Não seria com a incriminação da deslealdade do cônjuge, que se extinguiria esse malefício social. Com penas adequadas, não foi possível, até aqui, fazer baixar a taxa de criminalidade, no que tange aos demais delitos.

É de se vincar que a capitulação do crime, desconhecida de muitos, não é de serventia mesmo para os que a conhecem. Via de regra, o cônjuge traído busca no desquite, o remédio para o mal. E, com sabedoria, já que a invocação ao Código Penal, daria, ao desfazimento do lar, uma feição de escândalo, altamente nociva e de profundas repercussões, no seio da família, e, notadamente, da prole.

Outra questão que se deve levantar, é a da possibilidade de decisões injustas, em face do largo espectro dos atos sexuais, que se tem por incriminadores. A tese sufragada por CARRARA, da caracterização do adultério somente com a "seminatio intra vas", não é acolhida por todos. E isso torna o crime de prática corrente, entre portadores de anormalidades psíquicas, incapazes para o livre entendimento do delito praticado. Ainda na cúpula normal, poderia ela ser executada, por ninfômana ou paciente das formas masculinas do erotismo, os quais, para fugirem a ridículo maior, não alegariam alienação, em sua defesa, contentando-se com a humilhação da pena. E é preciso ter em mente, como queria VON TUHR, (ob. e loc. cit.), que *"a declaração de vontade* emitida em estado de inconsciência não é realmente uma declaração, mas a aparência dela".

E não seria, a condenação penal do adultério, ao lado do que dispõe o art. 317, ítem III, do Código Civil, a aplicação, no direito nacional, do "bis in idem"? É evidente que sim. Daí a necessidade de ser eliminada, no Código de 1969, a incriminação do adultério.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

PRESCRIÇÃO PENAL — Fator de impunidade e de aumento da criminalidade

Cassio Rodrigues Pereira
Promotor de Justiça — Minas Gerais

I

O Governo Federal está pesquisando as causas originárias do aumento do índice da criminalidade, mormente nas grandes cidades brasileiras, a fim de encontrar uma solução para tal anomalia (1).

Há bastante tempo, venho acompanhando, através dos veículos informativos, o incremento desta violência nos centros mais populosos e pude verificar que, para o desate do problema, se exige outorgar à Sociedade, para defesa de seus membros, melhores e mais apurados meios de proteção.

Nesse sentido, urge modificar, em alguns pontos, a lei penal vigente, para a obtenção de vitórias na luta contra o crime.

Na presente tese, pretendo focalizar, tão só, o instituto da PRESCRIÇÃO que, no dizer de AURELINO D'ARAUJO LEAL — "é um gérmen secundário da criminalidade", pois "não satisfaz às exigências da repressão" (2).

Nos dias hodiernos, contestando, aliás, os dizeres do Eminente Juiz LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (3), entendo que a prescrição é um instrumento de impunidade e um estímulo à criminalidade, pois, quem há de contestar que o criminoso privilegiado, após ver reconhecida a prescrição de um delito, não possa, em liberdade, retornar ao lugar aonde cometeu o fato delitivo, e impunemente zombar das leis sociais, despertando a indignação geral? E mais, que péssimo exemplo estará dando a Justiça ao povo, porquanto aqui no Brasil "liber-

dade" é sinônimo de "impunidade". Surge, então, a descrença no Poder Judiciário, vindo a coletividade a desenvolver o desrespeito às leis, extravasando os máus instintos, consciente de que para o crime não haverá castigo.

Já dizia QUETELET, citado pelo Dr. RODRIGUES DÓRIA que — "A sociedade prepara o crime e o criminoso é o instrumento que o executa. A sociedade, ou pela sua defeituosa organização, ou pela dissolução dos costumes, pelo relaxamento do caráter, pelas injustiças praticadas e toleradas, pelas leis opressoras e iníquas, *pela impunidade dos delitos*, é muitas vezes a incitadora desses atos condenados e responsável por muitos crimes, que em parte seriam evitados se todos os seus membros tivessem a compreensão dos seus deveres, ou se a Justiça tivesse uma execução impertubável e igual" (4).

Um melhor equacionamento da prescrição penal será, inclusive, muito salutar para o bom nome da Justiça, "uma vez que Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com o terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato" (RUY BARBOSA (5).

A maior parte das ocasiões em que alguém responde por infrações penais foi porque, antes, se viu beneficiado, ainda que de modo indireto, por alguma autoridade, figurando entre os motivos a prevaricação, tão bem analisada pelo mestre baiano no parágrafo acima, dando causa à prescrição de contravenções e delitos de menor gravidade, ou mesmo talvez devido à ineficiência do aparelho policial que não consegue desvendar muitos dos crimes dos quais toma conhecimento, havendo ainda a *cifra negra*, isto é, "a incidência real (delitos desconhecidos) da criminalidade na população em geral", afirmando os autores PAUL WALTON e VICTORIA GREENWOOD, professores na Universidade de Glasgow, Escócia, "que, do grande número de pessoas que cometem algum delito durante a vida, poucas caem nas malhas dos processos legais oficiais" (6).

A psicanalista FRANÇOISE NOËL expõe que "*casos arquivados*, impronúncias e absolvições podem esconder delitos realmente cometidos" e vai mais além, levantando uma ponta do véu sobre tais casos, em que aponta "o desaprecimento ou falsificação de provas, falsos testemunhos, subornos ou pressões exercidas sobre testemunhas, falta de depoimento por parte de funcionários que pretextam o dever do silêncio, até o direito discricionário dos magistrados" — como circuns-

tâncias "que podem intervir para entravar a manifestação da verdade", concluindo, por afirmar que "para cada crime conhecido, oito a dez permaneceriam impunes" (7).

Diante de fatos tão alarmantes ora esquematizados, não posso, em sã consciência, compactuar com a benigna legislação penal brasileira, mormente quanto ao instituto da prescrição, nos moldes como foi lançada no Código Penal de 1969, uma vez que não é de hoje o ataque feito por famosos penalistas ao sistema da prescrição no Brasil.

GARÓFALO é um dos autores mais combativos contra a inclusão de tais normas no sistema penal, ao impor o seguinte: — "Compreende-se a prescrição em matéria civil... Mas, tratando-se de malfeitores, será porventura uma boa razão para não os incomodar por terem eles sabido, durante um certo tempo, escapar às pesquisas da polícia? E assim obtêm os delinqüentes uma nova proteção da parte do Estado, cuja missão deveria ser a de combatê-los inexoravelmente!... A prescrição seria admissível quando o réu provasse pelo seu procedimento não ser mais um elemento anti-social e quando a mudança das suas condições sociais tornasse improvável a reincidência... e que, portanto, deve-se recusar a prescrição a todos os criminosos que, por sua conduta posterior, confirmaram o diagnóstico de sua incorrigibilidade" (8).

Segundo o penalista belga ADOLPHE PRINS, — "O princípio da prescrição da ação é mais racional e mais defensável que o da prescrição da pena. De fato, a sociedade, tendo por missão perseguir os culpados, sofre — se ela disso não cura — os inconvenientes da sua inércia ou da sua impotência; ademais, importa considerar que, após um certo tempo de inação, a sociedade fica desarmada: a instrução de um delito par ser séria e eficaz, deve seguir de perto o momento da perpretação do ato. Ora, com o correr do tempo, dissipam-se as provas, claudica a memória das testemunhas, a lembrança do delito se apaga e, ao passo que a utilidade da ação diminui, os perigos de um erro judiciário aumentam. Para a prescrição da pena, as mesmas razões não prevalecem. Não existem mais os perigos de erro; a culpabilidade foi judicialmente reconhecida, a sociedade cumpriu o seu dever e achamo-nos em face de um delinqüente, apurado como tal. Por que deixar-lhe o recurso de assegurar-se a impunidade pela fuga?" (9).

Nos casos de réus que se transformam em pessoas decentes e honestas, o remédio é a graça e a reabilitação, nunca a prescrição. Além disso, acrescenta ADOLPHE PRINS, "esta é a impunidade pura e simples, e a impunidade é um mau exemplo para o povo, que não se dá ao luxo das considerações teóricas dos defensores da prescrição". Conclui, mais adiante, afirmando que "A prescrição da pena não deve ser, em nenhum caso, admitida em favor dos delinqüentes"

(9), sendo de lamentar-se a modificação proposta pelo deputado IBRAHIM ABI- ACKEL, relator da CPI sobre o sistema penitenciário brasileiro, na mensagem de lei remetida ao Congresso pelo Governo Federal, no sentido de estabelecer-se a prescrição da reincidência, no prazo de cinco anos, de forma a possibilitar a concessão da suspensão condicional da pena, quanto ao crime posterior. O aludido parlamentar afirmou que — "o projeto resultou num conjunto de normas liberais, mas não condescendentes" (sic) (10), não podendo o Ministério Público brasileiro permanecer alheio, de braços cruzados, diante desta nova "Lei Fleury", feita de encomenda, para beneficiar mais ainda os criminosos, sob o pretexto de descongestionar a população carcerária do País.

Conforme diz muito bem TOLOMEI — "A única condição que deve naturalmente acompanhar o tempo necessário a prescrever é que o condenado nada haja feito que relembre a triste memória da sua culpa, vale dizer que não tenha retornado à senda do crime" (11).

GIUSEPPE BETTIOL, admite, da mesma forma, a predominância deste preceito penal, quando escreve — "Apenas os crimes mais graves não se apagam na recordação das gerações que os viu cometer e é por isto que eles — no nosso ordenamento — não se extinguem mediante prescrição". E, mais avante, ensina — "Os delitos para os quais são previstas a pena de morte e a prisão perpétua estão excluídos do benefício da prescrição porque, dada sua gravidade, presume-se que não se cancelem na recordação dos homens" (12).

Idêntica orientação adotava, primitivamente, na doutrina pátria, JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, — "considerando que a lembrança dos crimes que ficam registrados em cartório, por meio de processos escritos, deve perdurar muito mais no seio da sociedade em que se deram, do que a dos fatos constantes unicamente de tradições verbais, exigem os legisladores tempo maior para a prescrição da condenação do que para o da ação penal, servindo de regra, em todos os casos, a maior ou menor gravidade do delito para a fixação do prazo" (13).

LIMA DRUMMOND, em seu estudo sobre a prescrição, além de citar diversos autores alienígenas, acentua que — "Seria absurdo proclamar a impunidade de um criminoso como castigo de negligência do representante do Ministério Público a quem não pertence o direito de punir — eminente função exclusivamente atribuida ao poder social" (14), revelando, assim, outra face do problema, qual seja, inércia paralizante de raros membros do Quarto Poder do Estado, motivada, talvez, pelo desejo de não ser considerado pela comunidade como "palmatória do mundo".

Além destes, o jurista JORGE SEVERIANO RIBEIRO, sem emitir sua própria opinião, transcreve autores, como ZACCHARIAE que

contesta deva a prescrição ser admitida nos corpos das leis penais, tendo-a como um incentivo ao crime; e também, ANTONINO DE CARVALHO, o qual assevera que, sob o aspecto jurídico, a prescrição vale pela consagração da impunidade. Não aceita a prescrição da pena, porque esta só se dará depois de concluído o processo, não havendo, portanto, risco de que a pena seja injusta (15).

Indiscutível, sem dúvida, é o pronunciamento do então Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Dr. MEROLINO DE LIMA CORREIA, quando declarou: "Como neste imenso Brasil afora não há quem desconheça a morosidade da Justiça, principalmente no ramo mais útil à sociedade, o penal... Juízes negligentes, que não respeitam prazos processuais, concorrem para o reconhecimento constante das prescrições penais. Diuturnamente concedem os tribunais ordens de "Habeas Corpus" sobre a evidência do excesso de prazo na formação da culpa de grandes e pequenos criminosos. Os ladrões são presos em flagrante e voltam a agir contra o patrimônio alheio, libertados pela negligência judicial, tão logo decorra o prazo da instrução criminal, mediante "Habeas Corpus", com enorme desprestígio para a Justiça e descrença do povo na ação vigilante das autoridades. Sabem os magistrados que a prescrição é regulada pela pena concretizada na sentença, salvo recurso da acusação. Sabem que o tempo não cessa de correr, mas muitos não sabem que a impunidade é o maior flagelo social em qualquer parte do mundo" (16).

Por aí se verifica que autores de nomeada têm, isoladamente, contestado a supremacia da prescrição. Muitos outros talvez existam, porém, dentro dos limites deste trabalho, a safra é suficiente e oxalá, em conjunto, os pensamentos expostos cresçam atingindo a finalidade a que me propus.

Estamos em 1977 e ainda não se encontrou o caminho certo, para a derrota integral do crime. Por que não se aceitar as idéias destes juristas?

O crime não descansa, está presente, noite e dia, em todos os lugares, sob os mais variados aspectos. A Justiça não pode, não deve permitir, em hipótese alguma, que indivíduos perniciosos à sociedade, gozem de regalias, sob o pálio da Defesa Social. Esta existirá, isto sim, com a reabilitação, que deveria ser exigida de todos os réus condenados, ao invés da porta larga e aberta da prescrição, caminho certo para a impunidade.

O estudo dos homens e dos crimes, no sentido de se encontrar uma solução para estes casos, é um dos problemas mais antigos do mundo. Se o sistema atual não está no rumo certo, urge modificá-lo, fazendo-se uma revolução na lei penal vigente. Já dizia UBIRAJARA ROCHA que — "Com legislação benévola concorre, portanto, em grau elevado, para a procriação do indesejável fenômeno da impunidade.

Um Código Penal benevolente ou um Código complacente e protetor constituem verdadeiras "causas eficientes" ou poderosos fatores do incremento criminal —" (17).

Tal opinião encontra poderoso apoio na erudita explanação do então Desembargador ROMÃO CÔRTES DE LACERDA feita em 1952, onde o mestre expõe com segurança:

"No Brasil, o que vem acontecendo é que os criminosos, por mais perigosos que sejam, não são punidos exemplarmente, nem, muito menos, afastados da circulação por tempo sequer bastante para que deixem de ser nocivos à paz e à segurança públicas.

Somos regidos pela legislação penal mais branda do mundo. E de tal modo se abranda, na sua aplicação, esse sistema penal, que os criminosos, levada em conta a gravidade das infrações, permanecem praticamente impunes.

Temos que adquirir maior consciência das responsabilidades que nos incumbem. Cortar cerce nas escapatórias do Crime, como o livramento condicional e o indulto. Abandonar o vezo de considerar os criminosos vítimas e a sociedade a culpada dos delitos. Um dos corações que mais fortemente pulsaram pela miséria humana do crime, DOSTOIÉVSKI, observou que em condições de meio e situação idênticas às de qualquer criminoso vivem centenas de milhares de outros homens que não cometem crime. Há que aplicar com justa severidade um Código suave, como o nosso, em comparação com os das grandes metrópoles da ciência e da civilização. Deixar de andar a descobrir somente atenuante para os crimes. Empregar o nosso sentimentalismo, já que o temos, em benefício das vítimas e não dos algozes. Ter o apoio da imprensa para aperfeiçoar a repressão pela justa aplicação das penas e o seu exato cumprimento, da imprensa que forma a opinião pública. A explicação para a crise em matéria de repressão de crimes é principalmente esta: *a impunidade*" (18).

CONCLUSÕES

Face ao exposto, necessário se faz introduzir as seguintes modificações no Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1965 (Código Penal):

Emenda nº 01 — Adite-se no art. 111 mais um inciso, que passará a ter o nº I, e substitua-se a redação dada ao atual inciso nº I, bem como renumerem-se os atuais nºs I a VI que passarão a ter os nºs II a VII:

"Art. 111 — ... (omissis) ...

I — em 25 anos, se o máximo da pena é superior a 20 anos;

II — em 20 anos, se o máximo da pena é superior a 12 e não excede a 20,

III — em 16 anos, se o máximo da pena é superior a 8 e não excede de 12;

IV — ...; V — ...; VI — ...; VII — ...

Justificação — A inclusão do período prescricional de 25 anos é importante, porquanto com o advento da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898, de 29/setembro/1969) e do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21/outubro/1969), o período prescricional naqueles diplomas legais elevou-se para 40 e 30 anos, respectivamente (arts. 52 e 125). Verifica-se, por conseguinte, que há um espaço de 10 anos, entre os prazos prescricionais do Código Castrense e o do Código Comum. Impõe-se colocar a faixa dos 25 anos, para os crimes mais graves do Código Penal (homicídio qualificado, sequestro ou cárcere graves do Código Penal (homicídio qualificado, forma qualificada de envenenamento com perigo extensivo), ou sejam, aqueles cujas penas forem superiores a 20 anos. Com esta modificação o atual item I do art. 111 passará a II, e II a III e assim sucessivamente, sendo de notar-se que o item II sofrerá modificação, quanto ao período fixado para o prazo prescricional de 20 anos, que passará de penas cujo máximo for acima de 20 anos, para "aquelas cujo máximo for superior a 12 e não receber de 20".

Emenda nº 02 — Inclua-se no art. 111, § 2º, mais uma alínea, na forma seguinte:

Art. 111 — ... (omissis) ...;

§ 1º — ... (omissis) ...;

§ 2º — A prescrição da ação penal começa a correr:

a) ...; b) ...; c) ...; d) ...;

e) tão logo esteja terminado o comportamento punível. Se o resultado integrante da tipicidade só acontece posteriormente, então desse momento começa a prescrição.

Justificação — Louvo-me, para a inclusão desta alínea, na abalizada palavra do ínclito magistrado LAURO DE ALMEIDA, pedindo vênia, para transcrevê-lo, na íntegra:

"Essa particularidade é muito importante, inclusive com relação à diferença entre a tipicidade da tentativa e a tipicidade do crime consumado. Quem escreve estas linhas já presidiu processo em que certo réu era acusado de tentativa de homicídio doloso por haver desferido tiros numa pessoa, a qual por isso ficou hospitalizada durante mais de um ano, e decorrido todo esse tempo, quando a ação por tentativa de homicídio já havia sido interrompida por duas vezes, pelo recebimento da denúncia e pela pronúncia, aconteceu de a vítima vir a falecer em conseqüência daqueles tiros. Nesse caso, se tivéssemos um dispositivo semelhante ao citado do Código Alemão, o resultado

morte, integrante do homicídio consumado deslocaria inteiramente o início da prescrição da ação. Entendo que esta matéria merece séria ponderação pelo nosso legislador, já que no exemplo dado, um aditamento à denúncia ou à pronúncia não interrompe a prescrição" (19).

Emenda nº 03 — Acrescentem-se ao § 5º do art. 111, mais quatro itens, corrigindo-se a redação do nº IV, na forma seguinte:

Art. 111 — ... (omissis) ...;

§§ 1º ao 4º — ... (omissis) ...;

§ 5º — O curso da prescrição da ação penal interrompe-se:

I — ...; II — ...; III — ...;

IV — pela sentença condenatória recorrível, proferida em qualquer instância, no julgamento de quaisquer recursos;

V — pelo interrogatório judicial do acusado, ou sua citação;

VI — pelo provisório arquivamento do processo, sem motivo legal, ou por causa de ausência do acusado;

VII — pelo fato do acusado cometer novo delito (crime ou contravenção), antes de vencer o prazo;

VIII — pela designação de data para audiência de instrução e julgamento, nos processos de ritos especiais;

IX — pela realização de qualquer ato de instrução que tenha por objetivo esclarecer a autoridade judiciária;

X — pelas atuações que se pratiquem em averiguações de delito e delinqüentes, ainda que, por ignorar-se quais sejam estes, não se pratiquem as diligências contra pessoas determinadas.

Justificação — Encontram-se aí, ao lado das três disposições do Novo Código Penal, relativas à interrupção da prescrição, mais sete outras, advindas algumas do Código Penal Alemão (itens IV, V, VI e VIII), com similares no Código Penal italiano de 1938. As outras três, são oriundas, uma (item VII) do Código Penal tipo para a América Latina; outra (item X) do Código Penal Mexicano de 1931; e a terceira (item IX) da legislação penal francesa, todas com ligeiras adaptações de minha autoria.

Ainda, desta feita, recorro às doutas lições do penalista LAURO DE ALMEIDA, conhecedor profundo da realidade brasileira, quando assevera:

"Quanto à prescrição da ação cabe notar que o Código Alemão, no artigo 78-C (Interrupção da Prescrição da Ação) apresenta casos de interrupção em muito maior número do que o Código Brasileiro.

Também, aqui, relativamente à interrupção da prescrição da ação, é de salientar o maior rigor do legislador alemão, maior rigor já referido acima quanto à suspensão da prescrição. Justifica-se esse rigor, pela seriedade do processo penal e pela necessidade de se evitar requerimentos que têm aparência de uso de plenitude de defesa mas que, na verdade, são simplesmente protelatórios, ante a facilidade com que a lei brasileira permite levar o processo para a prescrição. Parece conveniente que o legislador brasileiro medite a respeito. É preciso que a legislação dê à defesa ampla possibilidade de luta em benefício do indivíduo acusado de cometer crime, contribuindo assim para um julgamento justo; mas que haja efetivo julgamento e não fácil prescrição, pois é só com o julgamento efetivo que se cumpre a outra ampla defesa, por todos desejada, que é a defesa da sociedade" (19).

A propósito, com grande clarividência, expôs JOSÉ DUARTE:

"Havia na legislação moderna, uma tendência que se não avolumou, nem tomou forma, para suprimir o instituto de interrupção da prescrição ou limitá-la a casos extremos. Assim, o Projeto Austríaco de 1927, o Suíço de 1918 e o Alemão de 1919-1924.

A aspiração dos ultra-liberais que, assim, ensancham uma oportunidade para enfraquecer a defesa social, não se converteu em realidade, pois que o próprio Código Suiço acolheu o instituto (arts. 70 e sgs.), prefixando os motivos que interrompem a prescrição. Realmente, teríamos que, não raro, os incidentes processuais e os imprevistos que surgem na causa, abrem caminho mais fácil à extinção da punibilidade, pelo transcurso do tempo e, conseguintemente, à impunidade. O Código Italiano de 1930 adota um sistema ainda mais rigoroso que a lei brasileira, visto que amplia os efeitos interruptivos de atos processuais." (20).

Não se pode, nesta ordem de idéias, deixar de trazer a lúme, os comentários de N. ORTOLAN:

"... A prescrição da ação pública é interrompida, não só por qualquer ato processual, isto é, por qualquer ato tendente a conceder à Justiça a pessoa que se crê culpada, mas ainda por qualquer ato de instrução, ou seja, por qualquer ato que tenha em mira instruir, esclarecer a autoridade judiciária, procurando e reunindo os elementos de prova, como um exame do local do crime, uma exumação, uma busca a domicílio, uma penhora de objetos, um interrogatório de testemunhas; não só os atos dirigidos contra o verdadeiro autor do delito, mas mesmo aqueles diriigdos contra o inocente, contra quem quer que seja este, mesmo contra o desconhecido, como muitas vezes são os atos de instrução; e o motivo é que todos estes atos conservam judiciariamente a lembrança do delito e por conseqüência a necessidade do exemplo (C.L.C., arts. 637 e 638)." (21).

E, claríssimo e objetivo, é o trabalho do mestre NELSON HUNGRIA, corroborador desta tese:

"Com o efeito interruptivo da pronúncia, o período de prescrição já transcorrido é, reputa-se, completamente anulado. Reduz-se a um *nada* jurídico. Como diz ROUX, repetindo lição obsedante pela mesmeidade com que é formulada em todos os tratados elementares de Direito Penal: "o efeito da interrupção da prescrição é de fazer perder ao delinqüente o benefício do tempo escoado e de fazer recomeçar uma nova prescrição idêntica à primeira". A prescrição da ação penal para aplicação da pena "in abstrato", que é a única existente e a única que podia existir, *para todo o sempre,* ao tempo da pronúncia, interrompe-se por esta e recomeça a correr por inteiro e "ex novo" (22).

Emenda nº 04 — Inclua-se, entre as disposições comuns às duas espécies de prescrição, um parágrafo, da forma seguinte:

Art. 113 — ... (omissis) ...;

§ 1º — O processamento, todavia, prescreve o mais tardar quando, a partir do momento indicado no artigo 111, transcorreu o dobro do prazo legal de prescrição.

Justificação — Acrescentando-se este parágrafo, age-se com coerência, pois segundo, também, a sugestão do nobre Juiz LAURO DE ALMEIDA, — "Tanto rigor, porém, tem um limite, pois também ao Estado cabe não prorrogar indefinidamente o processo penal, nem permitir que em seu nome se tente tal prorrogação. Por isto na Nova Parte Geral do Código Penal Alemão, o § 2º do art. 78-C (Interrupção da Prescrição da Ação) estipula que em tais e tais prazos a ação acaba prescrevendo" (19).

E o consagrado SEBASTIAN SOLÉR, por outro lado, põe em relevo, em seus Comentários ao Art. 104 do Projeto do Código Penal enviado pelo Poder Executivo ao Congresso da Nação Argentina que recaem sobre o acusado as falhas da Justiça, como se pode ver: "Os sistemas da interrupção por atos processuais são maneiras de por a coberto a negligência, o descuido ou a simples inatividade dos funcionários, pondo-se sobre a cabeça do réu, como ocorre com a infortunada interrupção por *sequela* do Juízo" (23).

A inclusão do parágrafo em apreço, irá, por conseguinte, dar ao indivíduo a garantia de que os feitos terão um limite no tempo.

Emenda nº 05 — Adite-se, ao art. 116, um parágrafo, estabelecendo a imprescritibilidade do crime de genocídio, conforme consta em avançadas legislações penais hodiernas, da seguinte maneira:

Art. 116 — ... (omissis) ...:

§ 1º — A ação penal e a execução da pena pelo crime de genocídio são imprescritíveis.

Justificação — Julgo importante a inclusão do delito acima no rol dos imprescritíveis, devido a magna preponderância deste crime na área do Direito Internacional. Bastam duas rápidas transcrições, de comentaristas aos crimes de guerra, BARRIE PITT e LEO KAHN:

"Homens que tramam degradar, torturar e matar devem aprender que a sua vida não é mais valiosa que a da criatura que pretende eliminar, por mais insignificante que ela possa a seus olhos parecer" (Introdução — 24).

"Crimes contra o Direito Internacional são cometidos por homens" — dissera o Tribunal de Nuremberg, "não por entidades abstratas, e somente punindo os indivíduos que cometem tais crimes é que as normas do Direito Internacional podem ser aplicadas" (24).

Emenda nº 06 — Inclua-se, onde couber, o seguinte:

Art. ... — O juiz pode prorrogar, uma vez, o prazo da prescrição, antes do seu término e a requerimento do Ministério Público ou do ofendido ou seu representante legal, para mais a metade do prazo legal da prescrição, quando o agente for revel ou se encontrar foragido.

Justificação: — Tal dispositivo tem sua origem na Nova Parte Geral do Código Penal Alemão (art. 79-B), porém encontra alicerces mais profundos nos pensamentos de BECCARIA, BENTHAM e MONTESQUIEU, entre outros, como se vê dos trechos abaixo:

"Nos grandes crimes, pela razão mesma de que são mais raros, deve diminuir-se a duração da instrução e do processo, porque a inocência do acusado é mais provável do que o crime. Deve-se, porém, prolongar o tempo da prescrição" (25).

"O que convém é que se congreguem os esforços de todos os criminalistas a fim de serem banidos do direito escrito essas demasias retóricas que tão escandalosamente protegem os criminosos contra a sociedade. Aos reincidentes não é lícito prossigam comodamente nessa luta feroz contra a propriedade e a vida alheia: é urgente para neutralizar a sua pertinaz e desordenada agressão à ordem jurídica combatê-los com energia e desassombro" (26).

"Quando se examina a causa de todas as solturas, ver-se-á que ela vem da impunidade dos crimes e não da moderação das penas" (27).

Emenda nº 07 — Inclua-se, onde couber:

Art. ...: O benefício da prescrição não será adquirido por aquele que:

a) ainda tira proveito ou lucro do crime;

b) na medida onde a natureza do crime o permite, não tem fornecido reparação no limite de suas possibilidades.

Justificação — Encontra-se dispositivo idêntico na Lei Penal Austríaca (art. 229, C), citada pelo Professor HERZOG, "in" "Rev. Sc. Crim. et Dr. Pen. Comp.", nº 2, 1965, sendo um dos meios eficazes para punir os grandes criminosos.

MARTINEZ DE CASTRO, citado por FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA, na Exposição de Motivos do Código Penal Mexicano de 1871, expressa que fazer com que se cumpra a obrigação de reparar os danos e prejuízos ocasionados pelo delito "não só é de estrita justiça, senão de conveniência pública, pois contribui para a repressão dos delitos; já porque assim seu próprio interesse estimulará eficazmente aos ofendidos a denunciar os delitos e a contribuir na perseguição dos delinquentes, ou já porque, como observa BENTHAM, o mal não reparado é um verdadeiro triunfo para aquele que o causou" (28).

O emérito Professor GIORGIO DEL VECCHIO, da mesma forma, se alinha entre os estudiosos que desejam derrotar o flagelo da criminalidade, quando diz:

"Atualmente, como é notório, o autor de um crime que haja sofrido a pena, em que tenha sido, de qualquer modo, dela isentado, pode vir a ter grande conforto e viver, na ociosidade, sem haver ressarcido o dano, isto é, deixando sem reparação seu débito. É justo isso? Ninguém, creio, poderá afirmá-lo." (29).

GARÓFALO, estudou a fundo tal matéria, sendo impossível não deixar de citá-lo, em rápida análise feita por ele:

"Não se deveria pois tentar substituir à prisão correcional alguma coisa que torne mais difíceis os grandes lucros? — porque, note-se, a prisão não impede que o réu gose pacificamente os lucros do delito depois da libertação. Os poucos meses ou anos de encarceramento representam apenas os riscos da profissão, e, para mais, estas penas são expiadas quase voluntariamente nas felizes nações dotadas de processo *aperfeiçoado* que deixa o acusado livre até a sentença definitiva. ... (omissis) ... A profissão dos ladrões e dos receptadores, dos falidos fraudulentos é estimulada pela convicção de que com alguma habilidade poderão conservar os frutos do delito e fruí-los depois da expiação da pena. Ninguém há que não veja que poderoso freio seria a convicção oposta. A coação pessoal à reparação ofereceria um sucedâneo eficacíssimo quanto às penas leves e tantas vezes ilusórias dos nossos códigos. De tal modo se realizaria exatamente o que TARDE julga impossível, — diminuir as vantagens possíveis da profissão do delinqüente." (30).

Emenda nº 08 — Adite-se, ao art. 111, § 4º, mais o seguinte item:

Art. 111 — ... (omissis) ...;
§§ 1º, 2º e 3º — ... (omissis) ...;

§ 4º — A prescrição da ação penal não corre:

I — ...; II — ...;

III — enquanto o agente cumpre o período de suspensão condicional da pena.

Justificação — Reportando-se ao Código Penal atual, o Professor BASILEU GARCIA enfrenta hipótese acima referida:

"E agora indagamos: a suspensão condicional da pena redunda em suspensão prescricional? Nota-se importância na pergunta quando, por uma infração a que corresponda pequeno lapso prescritivo, digamos o de dois anos, o período de prova do "sursis" concedido seja maior. Tudo mostra que, durante o tempo do benefício, não deve correr prescrição. Mas, tendo perfilhado um processo enumerativo dos casos de suspensão prescricional, o art. 116, lamentavelmente, omitiu esse, o que enseja dúvidas. Bom argumento para contrastar a lacuna do rol é o de que, conforme o art. 112, letra "a", a prescrição começa a correr, entre outras hipóteses, do dia em que passa em julgado a sentença revocatória da suspensão condicional da pena. Como o texto não diz que a prescrição começa a correr *de novo*, é aceitável o entendimento de que, antes, não havia prescrição em curso" (31).

Emenda nº 09 — Inclua-se, onde couber:

Art. ... — Esta lei terá aplicação a todos os processos em curso, sem se poder alegar que se estará fazendo vedada aplicação retroativa da lei.

Justificação — Através do decurso do tempo não se pode transformar a punibilidade em impunibilidade. Nesta luta contra o crime, em que todos estão engajados, há que se levantar, outrossim, este ponto de vista, calcado em excelente acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido no julgamento de Recurso Criminal nº 19.722, da Capital, onde foi lançada esta ementa:

"A nova lei penal que prolongue o lapso prescricional terá aplicação a todas as prescrições em curso, que terão conclusão na expiração do prazo por ela fixado. O legislador, que poderia julgar imprescritível a ação penal, pode, da mesma forma, aumentar o prazo requerido.

"A lei que retarda o ponto de partida da prescrição (por exemplo, que faz correr a prescrição da ação pública do dia em que a infração se tornou conhecida e não do dia em que foi cometida) deve ser assimilada à lei que prolonga o prazo prescricional: o lapso legal começará a partir do novo ponto estabelecido.

"Em face do Código Penal vigente não há proibição para a observância de lei posterior ao fato, que inove em matéria prescri-

cional. A observância da lei nova em matéria de prescrição penal não é retroatividade. É apenas e simplesmente a função normal da lei. O absurdo seria a sobrevivência da lei revogada para reger situações futuras, a coexistência de duas leis".

No bojo do alentado acórdão, da lavra do relator VICENTE DE AZEVEDO, encontro mais elementos para fundamentar a modificação proposta, quando o eminente relator assim desenvolve como idéias:

"A prescrição, que CASSIODORO chamou "patrona generi humani", protetora do gênero humano, é, em Direito Penal, a renúncia que a sociedade faz ao cabo de certo tempo, do seu direito de executar uma pena ainda não sofrida. Assim a define ROUX, "Cours de Droit Criminel Français", t. I, pág. 517.

Para que se verifique esta renúncia é mistér que se complete o lapso de tempo estabelecido. Se, durante o seu curso, a sociedade reconhece que melhor convém para a defesa de seus interesses ampliá-lo, pode fazê-lo. O criminoso não tem direito adquirido à prescrição tal como existia ao tempo em que praticou a infração. A lei nova não encontra uma situação jurídica definitivamente integrada.

Conseqüência: aplica-se de imediato.

De modo geral escreve BENTO DE FARIA: "O instituto da prescrição representa, principalmente, um interesse social, qual seja o de evitar a perpetuidade das ações, para melhor segurança nas transações, maior estabilidade nas fortunas particulares, e mais paz entre os cidadãos, tudo em proveito da ordem do Estado." ("Aplicação e Retroatividade da Lei", pág. 129).

Assim: "A prescrição começada, constituindo mera expectativa fica sujeito, portanto, às ulteriores modificações legislativas". (Op. cit., pág. 130). Em apoio poderia ser citado o insigne GABBA, "Teoria della Retroatività delle Legge": "Não há direito adquirido em uma prescrição não consumada" — é a máxima aceita hoje, universalmente, pelos escritores, se bem que não sancionada por todos os Códigos."

ROUBIER estuda minuciosamente a questão em sua obra clássica, "Conflits des Lois dans le Temps", Paris, 1929, 2º vol., págs. 645 e segs. Discute as opiniões em contrário, critica a jurisprudência francesa, e desenvolve o argumento que é a base e a originalidade do seu sistema: não se trata de retroatividade de lei, e sim, e simplesmente, de sua aplicação imediata. É o princípio que deve reger todo o direito transitório" (32).

Estas são, Srs. Congressistas, as emendas que tenho a honra de sugerir, visando contribuir na medida do possível para o aperfeiçoamento da lei penal brasileira, no que tange ao combate à impunidade e à criminalidade.

BIBLIOGRAFIA

(1) Estado de Minas, jornal de 05/10/74.

(2) Germens do crime, Liv. Magalhães, Salvador (BA), 1896, fls. 149/151.

(3) Dicionário de Direito Penal, José Bushatsky, Edit. Univ. Brasília, 1974, fls. 388.

(4) O Crime (suas causas, seus autores e seu tratamento), Liv. Econômica, Salvador (BA), 1925, fls. 22/3.

(5) Lições de Ruy, Liv. Progresso, Salvador (BA), s/data, fls. 35.

(6) O prognóstico social da criminalidade, artigo publicado na Enciclopédia da Luta contra o Crime, Editora Abril, nº 36, fls. 580.

7) A cifra negra dos delitos desconhecidos, idem, nº 28, fls. 438.

(8) La criminologie, Felix Aucán, Editeur, Paris, 1905, fls. 398/400.

(9) Science Pénale et Droit Positif, Bruylant-Christophe & Cie. Editours, Bruxelles, 1899, fls. 560/562.

(10) O Estado de Minas, jornal de 17/05/77.

(11) Citado por JOÃO DA COSTA LIMA DRUMMOND, "in" Estudos de Direito Criminal, Laemmert & C. — Editores, Rio de Janeiro, 1898, fls. 68/69.

(12) Direito Penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, fls. 200 do Volume III;

(13) Dicionário de Direito Penal, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1905, fls. 285.

(14) Estudos de Direito Criminal, já citado acima no nº 11, fls. 62/71.

(15) Código Penal dos E.U. do Brasil, Comentado, 2º volume, Liv. Jacintho, Rio de Janeiro, 1941, fls. 325.

(16) Da Prescrição — artigo publicado na Revista de Identificação e Ciências Conexas, nº 38, fls. 48.

(17) Problemas de Polícia e Direito, Serv. Gráf. da Secr. Seg. Pública, São Paulo, 1965, fls. 84.

(18) O alarmante incremento da criminalidade violenta do Brasil, artigo publicado na Revista Forense, v. 139, fls. 520 a 523.

(19) Código Penal Alemão, José Bushatsky, São Paulo, 1974, fls. 40/41 e 44/45.

(20) Da Ação Penal e Da Extinção da Punibilidade — Liv. Jacintho, Rio de Janeiro, s/data, fls. 233.

(21) Elements de Droit Penal, 2a. ed., Llb. de Henri Plon, 1859, fls. 780.

(22) Questões Jurídico-Penais, Liv. Jacintho, Rio de Janeiro, 1940, fls. 68/69.

(23) Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 12, jan/mar/66, fls. 237.

(24) Julgamento em Nuremberg — Epílogo da Tragédia, Editora Renes Ltda., Rio de Janeiro, 1973, fls. 07 e 158.

(25) Dos Delitos e das Penas, Edições de Ouro, Rio de JJaneiro, 1965, fls. 77/78.

(26) Citado por JOÃO DA COSTA LIMA DRUMMOND, já referido, às fls. 71.

(27) De l'esprit des Lois, Liv. VI, cap. XII.

(28) El Cod. Penal Comentado y La reforma de las leys penales en Mexico, Mexico, D.F., Impresoores Unidos, 1939, fls. 47.

(29) A luta contra o crime, artigo publicado na Revista de Direito do Ministério Público da Guanabara, ano 1, vol. I, 1967, fls. 4/10

(30) A reparação às vítimas do Delito, Liv. Edit. Tavres Cardoso & Irmão, Lisboa, 1899, fls. 42/43.

(31) Prescrição Penal, artigo publicado na Revista Forense, nº CXXXVIII, fls. 05/10.

(32) Revista dos Tribunais, vol. 173, fls. 584/590.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

INAPLICABILIDADE DA NÃO EXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA NOS CHAMADOS CRIMES PASSIONAIS

Djalma Martins da Costa
Promotor de Justiça

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Conceitos
3. Origem da não exigibilidade
4. A Doutrina da não exigibilidade
5. Admissibilidade da não exigibilidade
6. Aplicabilidade no sistema vigente
7. Desenvolvimento da tese
8. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o atual Código Penal estabeleceu definitivamente que a emoção e a pixão não excluem a responsabilidade criminal, os denominados criminosos passionais passaram a arguir teses defensivas muito engenhosas no intúito de obter a impunidade.

Dentre tais insubsistentes teses, tomaram realce a legítima defesa da honra e a coação moral irresistível, as quais indubitavelmente não encontram estrumo jurídico para medrar.

Denunciados no seu absurdo, os defensores dos passionais se dispuseram a refinar cada vez mais os seus artifícios. A bem pouco tempo atrás, lá mesmo na minha Manaus, assisti ao julgamento de um

professor diabólico que assassinara fria e barbaramente sua companheira e mãe de seus filhos. O advogado de defesa, naturalmente, para requintar o espetáculo, foi importado de outras plagas. Levantou a tese da não exigibilidade, como causa geral de desculpação, por analogia ao artigo 18 do Código Penal. Foi um Deus nos acuda no plenário do Júri. Finalmente, depois de uma oração macia e crispada e persuasiva do advogado bem falante, a consagração final — o miserável foi absolvido!

Saí dali envergonhado e com uma profunda revolta remoendo as fímbrias do meu ser — um assassino cruel iria dentre em pouco, numa rodada festiva, levantar um brinde à ingenuidade da justiça popular; mas nos meus tímpanos continuavam ecoando o ruído dos tiros traiçoeiros e mortais, nos meus olhos perpassavam os rostos imóveis dos órfãos, em cujas linhas ainda se estampavam imagens de verdadeiro pavor!

A partir de então, assumi maior interesse pelo estudo desta matéria. E das pesquisas e reflexões exaustivamente procedidas, decidi elaborar este pequeno trablho, a título de tese, sem grandes pretensões inovadoras, muito mais com o desiderato apenas de agitar a questão por entre os meus ilustres companheiros do Ministério Público Nacional.

No meu pensamento, a excludente da não exigibilidade de outra conduta não deve aproveitar ao chamado criminoso passional; ou seja, aquele meliante que imola o cônjuge, em face de se julgar traído, não pode ser agraciado com a inculpadora da não exigibilidade, geral e genérica, implicitamente contida no sistema penal brasileiro.

É isto que eu tenho a ousadia de vir sustentar neste Congresso Nacional, perante juristas de reconhecida autoridade.

2. CONCEITOS

Não me parece necessário repetir que por crime passional se entende aquele perpetrado sob o influxo de uma desenfreada paixão.

A paixão, já o disse Kant, se assemelha às águas tranquilas de uma represa, pois nasce, cresce e se agiganta lentamente; Já a emoção, ao contrário, surge de inopino, e pode ser comparada a estas mesmas águas, rompido o dique.

Não me parece sobrar dúvida também que o crime passional mais popularizado é aquele cometido por um companheiro que se considera traído pela companheira.

Quanto à não exigibilidade, para que se tenha uma melhor compreensão do princípio, me parece necessário tecer maiores considerações a respeito de sua estruturação conceitual.

Comecemos por aquela conceituação dogmática do crime, como sendo um fato típico, antijurídico e culpável.

Portanto, para que uma ação seja considerada criminosa, não basta que ela tenha tipicidade e antijuridicidade — mister se faz que seu autor se tenha havido com culpa em sentido amplo.

Dir-se-ia, então, que o crime é um edifício sustentado em três pilares, dos quais a culpabilidade é um deles. Ruindo um dos pilares, é o bastante para o prédio desabar.

A culpabilidade, na maneira de dizer de BETTIOL, é o elemento do crime que, mais que qualquer dos outros, exprime a base humana e moral em que o delito deita suas raízes.

O "nullum crimen sine culpa" é um postulado, dos mais fundamentais, do direito punitivo moderno, por isso que a responsabilidade penal sem culpa já não sobrevive nas legislações dos povos civilizados.

O conceito de culpabilidade é disputado por duas teorias, a psicológica e a normativista, que querem para si a primazia da sua formulação.

Para os psicologistas, a culpabilidade se completa quando o agente pratica o fato contra expressa disposição de lei, consciente ou inadvertidamente, ou seja, dolosa ou culposamente.

Para os normativistas, no entanto, a culpabilidade só se inteira quando for exigível do agente ativo um comportamento adequado ao Direito e quando sua conduta sofrer o juízo de reprovação social.

Tais considerações vêm ao propósito de uma melhor compreensão da não exigibilidade de outra conduta, por quanto este princípio germina da teoria normativa da culpabilidade.

Em suma, a cada componente da sociedade é permitido se conduzir de acordo com a norma jurídica que resguarda o interesse coletivo. Mas, existem determinadas circunstâncias que impermitem ao indivíduo se comportar de conformidade com esse dever imposto pela ordem jurídica. A não exigibilidade consiste, pois, nesta impossibilidade razoável de se exigir outra conduta, em face da anormalidade das circunstâncias.

Ora, se outra conduta não se podia exigir do autor do fato, uma vez que a ação foi executada num contexto circunstancial anômalo, por um imperativo da própria natureza humana a saciedade deixa de reprovar esta conduta, daí porque esta mesma conduta deixa de ser culpável.

A teoria da não exigibilidade ainda não está sedimentada, mas o Doutor LUIZ ALBERTO MACHADO, num trabalho intitulado "Es-

tado de Necessidade e Exigibilidade de Outra Conduta", nos oferece a seguinte definição da inexigibilidade:

> "Possibilidade de se exigir do agente imputável (capacidade de culpa), nas condições do seu atuar doloso ou culposo, a adequação do seu comportamento às normas de direito". (In "Revista de Direito Penal", do Prof. Heleno Cláudio Fragoso, nº 7/8, pág. 50).

ORIGEM DA NÃO EXIGIBILIDADE

A não exigibilidade de outra conduta, como causa geral de exculpação, é criação dos juízes alemães que compuseram o Tribunal de Cassação de Berlim, à época do Reich.

De um modo geral, as construções teóricas são edificadas no terreno doutrinário, mas com esta teoria ocorreu o inverso, visto que ela teve sua fonte nas decisões de um Tribunal, por sinal tido como um dos mais cultos do mundo.

Alguns autores procuraram destruir a teoria, tendo como fonte de argumentos este nascedouro. Segundo eles, os magistrados germânicos só lhe deram vida através dos seus decisórios, porque o Código Penal que dispunham à época não acompanhara as transformações da vida autêntica e já não era suficiente para resolver as situações resultantes das novas relações sociais.

O Doutor Souza Neto, porém, ardoroso defensor da teoria da não exibilidade, parece ter razão quando refuta tal objeção, no seu livro "O Motivo e o Dolo", Freitas Bastos, 2a. edição, página 156. Assegura ele que o Código Penal Alemão da época já continha uma considerável conceituação do estado de necessidade, em que quase sempre se resume a não exigibilidade. E se no Código Alemão havia lacunas, continua o emérito jurista, é preciso considerar que em qualquer codificação sempre as há, em qualquer tempo, dado que um código, estáticas como são suas disposições, está sempre sujeito a ser ultrapassado na vida dinâmica. Finalmente, conclui Souza Neto, quando se deixa de alvejar uma teoria no seu conteúdo para tentar desmoralizá-la na sua maneira de vir à luz, de evidência o seu âmago é insuspeito e indestrutível.

O primeiro caso de aplicação da não exigibilidade na Justiça Alemã, segundo nos relata JIMENEZ DE ASUA (apud Souza Neto, ob. cit., pág. 159), foi o seguinte: O proprietário de um cavalo desobediente e bravio, ordenou ao cocheiro que o atrelasse e saísse com ele a prestar serviço. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente se o animal se desmandasse, ainda quiz resistir, porém o dono ameaçou de despedir-lhe do emprego, no ato, se não cumprisse a or-

dem. O cocheiro obedeceu então, e uma vez na rua a besta se enfureceu e causou lesões corporais a um transeunte.

O Tribunal do Reich negou a culpabilidade do processado, porque tendo em conta a situação do fato, dele não se podia exigir que perdesse sua colocação e seu pão de cada dia, negando-se a executar a ação perigosa.

DOUTRINA DA NÃO EXIGIBILIDADE

O saudoso ANIBAL BRUNO, um dos maiores penalistas que o Brasil já conheceu, no seu "Direito Penal", Forense, 1967, tomo 2º, páginas 98/99, informa que quem primeiramente introduziu a questão da não exigibilidade na doutrina, foi o alemão FRANK, certamente aproveitando o material das sentenças do Tribunal de Cassação de Berlim.

Para FRANK, a culpabilidade do fato não estará completa se faltar uma "normalidade das circunstâncias concomitantes".

Este magistério de FRANK foi criticado, porque entenderam outros que a consideração das circunstâncias concomitantes importaria em introduzir no conceito de culpabilidade fatores estranhos ao indivíduo, o que, por certo, seria contrário ao sentido essencial do conceito.

Esta crítica não procede, segundo ANIBAL BRUNO, porque é a situação total em que atua o agente, em si mesma, que vai constituir elemento da culpabilidade, mas o seu reflexo no ânimo daquele que age, isto é, a influência que vai exercer no processo de motivação da sua vontade.

Aliás, a fórmula inicial de FRANK da "normalidade das circunstâncias concomitantes", foi por ele mesmo transformada para outra que denominou de "possibilidade de normal motivação da vontade no agente", e finalmente modificada para uma última, que intitulou de "liberdade ou domínio do fato, na dependência da situação total em que atua o indivíduo".

Ainda de acordo com a orientação do Professor ANIBAL BRUNO, é a FREUDENTHAL que se deve, no entanto, a aceituação da idéia de que na culpabilidade a reprovabilidade resulta de que o agente procedeu assim, quando devia e podia proceder de outra maneira, baseando o juízo da culpabilidade na exigibilidade de um comportamento conforme ao Direito.

Daí por diante, a doutrina continua à deriva, sem um destino certo e definido, por isso que continua em elaboração.

Realmente. A vida tem manifestações caprichosas que o Direito Penal Positivo não regula, porque foi humanamente impossível

ao legislador as prever. Em razão disto, uma vitoriosa corrente doutrinária acata a aplicação analógica das causas excludentes (tanto da antijuridicidade como da culpabilidade) taxativamente previstas na lei às situações factuais semelhantes oriundas do dinamismo da vida.

Mas, a zona não é pacífica, alguns autores desacordam e acham que a não exibilidade de outra conduta serve apenas como causa geral de exclusão da culpa, e não do injusto, como parece ser a posição de SCARANO.

Foi EDMUNDO MEZGER, todavia, quem teve o mérito de destampar dois grandes respiradouros no formalismo legal, como assegura ASUA, citado por Souza Neto (ob. cit., pág. 157).

MEZGER foi o arquiteto de um "estado de necessidade supralegal", construído por cima da Lei mas não por cima do Direito, no qual se podem alojar os casos em que a inexistência do injusto é cristalina, mas que não encontram perfeito acômodo nas disposições mortas do Código.

MEZGER foi o arquiteto também de uma "causa geral e supralegal de inculpabilidade", fórmula em que se pode refugiar qualquer conduta não culpável, ainda que a lei hirta a não tenha previsto concretamente.

Tais causas supralegais foram rotuladas de não exigibilidade de outra conduta. Quando o agente atuar em circunstâncias anormais, não se lhe podendo exigir um comportamento consentâneo com os mandamentos da ordem jurídica, sua conduta será socialmente não reprovável ou, então, conforme ao Direito. Em outras palavras, sua conduta será inculpável ou injurídica.

Bem verdade que ainda existe muita discrepância em volta deste princípio doutrinário em formação, como já me referi mais atrás. JOSÉ FREDERICO MARQUES, porém, acompanha a opinião de MEZGER, nestes termos:

> "Em determinadas situações, a inexibilidade de outra conduta torna esta lícita, excluindo assim a antijuridicidade do fato típico: é o que ocorre com o estado de necessidade, o qual existe, consoante se vê do artigo 20, do Código Penal, *quando não era razoável exigir-se do agente*, o sacrifício de direito próprio ou alheio". (In "Tratado de Direito Penal", 2º volume, Saraiva, 2a. edição, pág. 225).

Na mesma linha de pensamento segue o Professor JOSÉ SALGADO MARTINS, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul:

> "Pensamos que a inexigibilidade de outra conduta não se apresenta tão-só relacionada com a culpa-

bilidade. Consideramos que ela possa também ser causa de justificação, não obstante o agente poder formular subjetivamente um juízo de desvalor sobre a ação necessitada". (In "Direito Penal", Saraiva, 1974, pág. 250).

ADMISSIBILIDADE DA NÃO EXIGIBILIDADE

Ainda na informação do magistral ANIBAL BRUNO (ob. cit., pág. 106), as extremadas posições do positivismo jurídico e o receio de um afrouxamento da firmeza que deve ter o Direito Penal, levaram vários autores alemães a negar terminantemente a não exigibilidade de outra conduta como causa geral de exclusão da culpabilidade ou da antijuridicidade, fora dos casos antecipadamente incrustados na lei, ou mesmo a negar, de forma absoluta, validade ao princípio da inexigibilidade. Dentre estes autores se situam: SCHONKE, MAURACH, SCHAFFSTEIN, VON HIPPEL e BORKSHAMMER.

Outros autores germânicos admitiram a aplicação da não exigibilidade tão somente nos fatos culposos, como FRANK e MALANIUK.

Outra classe de juristas recomendaram a aplicação do princípio nos fatos culposos e nos fatos dolosos omissivos, dentre os quais está situado VON HEBER.

O próprio Tribunal Superior Alemão que abriu caminho à aplicação indiscriminada da teoria, já modificou sua posição anterior quanto aos fatos dolosos.

ANIBAL BRUNO emite sua opinião a respeito da admissibilidade da não exigibilidade nestes termos:

> "A não exigibilidade deve funcionar também com a sua ação exclusiva da culpabilidade nos fatos dolosos, mas a cautela na interpretação das circunstâncias e no juízo da não exigibilidade será aí mais rigorosa, e na verdade a aplicação do princípio há-de resultar excepcional. Não porque, como afirma Goldschmidt, se pretenda reconhecer caráter normativo à culpa e não ao dolo, mas pela gravidade diversa das formas de atuar culpável e da participação diferente que tem em cada uma delas a vontade do agente, no dolo sendo muito mais exigível a abstenção da ação punível, que resulta de um querer especificamente contrário ao Direito, do que na culpa, onde o que se reprova é uma simples falta de diligência, sendo, portanto, naquele mais rigoroso o juízo que conduza a admitir condições capazes de excluir a exibilidade de conduta diversa". (ob. cit., página 104).

EDGAR MAGALHÃES NORONHA, no seu "Direito Penal", 1º volume, Saraiva, 7a. edição, páginas 105/106, expõe assim seu pensamento em torno da admissibilidade da não exigibilidade:

> "A doutrina dominante admite a não exigibilidade de outra conduta, mas em casos muito restritos e determinados, máxime na esfera do dolo. Além de ser necessária bastante atenção ao juízo de avaliação dos bens jurídicos, fazendo-se com que o de maior valor prevaleça, é mistér cautelas especiais em matéria de dolo. Com efeito, na culpa tem-se um resultado reprovável, porém, possível apenas, ao passo que, no dolo, o evento é certo, o que faz, portanto, que mais facilmente lá não se exija outra conduta".

SOUZA NETO também pensa assim:

> "A doutrina da não exigibilidade de outra conduta deve ser aplicada, assim no âmbito da culpa como no do dolo, porém, com mais cuidado nos casos dolosos". (Ob. cit., página 167).

Para que tenhamos uma noção prática da admissibilidade da aplicação do princípio da não exigibilidade na esfera do dolo, vou mostrar-lhes um caso julgado pelo Tribunal do Reich. Uma empresa exploradora de minas concordou que, quando pelo nascimento de um filho, o pai mineiro poderia ficar em casa, recebendo integralmente seu soldo. Os mineiros então, quando o parto acontecia num domingo, exigiram da parteira que declarasse que ocorrera num dia útil de trabalho, sob pena de não lhe solicitar os préstimos. De maneira que a parteira, para não perder o sustento, foi levada a fazer declarações falsas no Registro de Nascimento. Conduzida a julgamento, mas a corte penal alemã isentou-a de culpa, alegando que dela não se podia exigir outra conduta, face as ameaças dos mineiros.

MEZGER, citado por SOUZA NETO, considerou isto um exagero na aplicação da teoria.

EDGAR MAGALHÃES NORONHA (Ob. cit., pág. 106) a seu turno, também considera aceitável a absolvição da obstetra.

Por conseguinte, na doutrina a aplicação da teoria da não exigibilidade de outra conduta nos crimes dolosos é discutível. E mesmo os juristas que a admitem aconselham muitas cautelas nesta aplicação.

APLICABILIDADE NO SISTEMA VIGENTE

O Código Penal Brasileiro vigente estabelece, nos seus artigos 17 e 18, casos expressos de não exigibilidade — erro de fato, coação irresistível e obediência hierárquica.

O Código Penal pátrio também, ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES, formula uma concreta regra de exceção para a inexigibilidade de outra conduta, no artigo 16, que é o erro de direito. E arremata este autor:

> "No caso do erro de Direito, viu-se o Código na contingência de admitir, excepcionalmente, a culpabilidade da conduta, embora praticada em condições anormais para o ato volitivo, ou de abrir larga brecha à impunidade. Daí criar uma exceção expressa e taxativa, em razão de imperativos de política criminal, para o erro de direito, único caso em que não se aplicar, para excluir a culpa em sentido lato, a inexigibilidade de outra conduta". (Ob. cit., pág. 228).

A não exigibilidade, por consequência, é um princípio geral de exclusão da culpabilidade implicitamente inserido no nosso sistema penal.

Como leciona o monumental JOSÉ FREDERICO MARQUES, se o legislador consagrou esse entendimento, ao excluir a punibilidade nos casos expressamente insertos no Código, nada impede que diante de situações não previstas taxativamente neste Estatuto Punitivo, em que não exista a normalidade do ato volitivo, se formule o juízo de culpabilidade para afastar a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, visto reconhecer-se que não se podia exigir, em face das circunstâncias "hic et nunc" que rodearam a prática do fato, outro comportamento do agente.

Só resta, portanto, saber como se aplica a teoria da não exigibilidade na prática.

Propõe o nosso SOUZA NETO a negação da imprudência, imperícia ou negligência, nos casos de culpa, conforme o caso concreto. Nas hipóteses dolosas, pode-se reconhecer a ausência de dolo, invocando-se o parágrafo único, do artigo 15, do Código Penal. Finalmente, é possível também aplicar uma causa de exclusão do crime, ou da pena, por analogia "ou com apelo aos princípios gerais do Direito" (ob. cit., pág. 167).

DESENVOLVIMENTO DA TESE

Tecidas estas considerações, passo ao desenvolvimento propriamente dito da minha tese.

O modelo principal dos chamados "crimes passionais" parece ser mesmo aquele do cônjuge que barbaramente imola sua companheira adúltera.

Infelizmente, ainda hoje, em determinadas comunidades brasileiras, esta terrível categoria de assassinos continua proliferando, por isso que comumente são premiados com inconcebíveis absolvições.

Vim a este Congresso para conspirar contra tão malsãs direitos de ficar impune, porque na minha concepção, a exaltação destes homicídios é odiosa e contrária aos interesses fundamentais da espécie humana.

Os defensores dos passionais têm talhado com mãos de mestre artificiosas teses, obscurecendo com os recursos da sua arte os grotescos motivos que impelem a estes crimes.

É muito comum, depois dos instantes celerados, estes criminosos bradarem que mataram para lavar a honra ultrajada. Mas, que animalesca, absurda e brutal maneira é esta de lavar uma honra que não foi atingida?

Esta é a grande e primeira base cediça dos argumentos levantados para obter a impunidade dos passionais, posto que a honra destes não é maculada com a prevaricação da companheira.

A honra é um atributo personalíssimo, está em cada um de nós e não nos outros. Ela não pode ser manchada por atos de terceiros. Considerar-se ofendido na honra porque a mulher manteve congresso sexual com outrem, é um absurdo lógico, um raciocínio sumamente contraproducente. Numa situação desta, não sobra dúvida que desonrada é a mulher prevaricadora.

Na verdade verdadeira, o indivíduo que mata em estas circunstâncias, nem sempre age empurrado por um sentimento nobre, de honra ferida. Geralmente o móbil da sua conduta criminosa é um primitivo instinto de vingança, um ódio brutal sacudido no seu espírito por um "orgulho de macho ferido", na observação descomprometida de um velho professor de Direito Penal da Universidade de Varsóvia.

Indiscutivelmente os Tribunais Populares no nosso País, costumeiramente não têm tido a sutileza de alcançar a fragilidade do argumento, segundo o qual o passional mata para lavar a honra ferida. O resultado disto, é que as absolvições, mormente nas pequenas cidades, vão se empilhando assustadoramente enquanto os passionais levantam brindes à ingenuidade dos juízes leigos.

Os Tribunais Togados, porém, vêm reagindo e se inclinando para o sentido inverso. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, tem reiteradamente decidido assim:

> "Invocada a infidelidade conjugal, só há ressaltar que o Direito não autoriza a pena de morte que se pretende justificar, imposta e executada pelo côn-

> juge traído, à revelia dos Tribunais. A lei prevê para a hipótese sanções outras, de ordem civil ou criminal, e adverte que a emoção e a paixão não excluem a responsabilidade penal". (RT 432/308).

De outras vezes, em rasgos de bem estudada genialidade, os advogados reverberam nos espetáculos teatrais do Júri que seus constituintes mataram sob uma irressistível coação da sociedade.

Embora no "salão dos passos perdidos" esta coação moral irressistível dos preconceitos sociais represente um miraculoso "achado" para os desvalidos passionais, a tese não encontra o menor respaldo na lei ou na realidade viva dos fatos.

Um dos requisitos da coação irresistível, isentadora de culpa modelada na primeira parte do artigo 18 do Código Penal em vigor, é a existência de um elemento coator, físico ou moral, o único passível de pena. A excludente, nos termos da legislação vigente e a vigir, não se completa com abstrações, porquanto se exige um responsável pelo crime, para ser punido. Fora desta verossimilhança, tudo não passa de artimanhas deturpadoras da vontade do legislador, medianamente evidenciada no texto legal. Tal como ocorre com a bem arquitetada coação da sociedade, na qual não aparece um coator palpável e passível de apenação.

Via de consequência, alegado que a coação partiu da sociedade, não estará configurada a desculpadora definiu na primeira parte do artigo 18 do Código Penal atual, por ausência absoluta de um sujeito concreto sobre quem possa recair a sanção.

Ademais disto, se pressão da sociedade houver, sobre o coato, tal coação não será *moral*, como quer a lei, e sim *social*, a desconfigurar da mesma maneira a causa de inculpação definida no antemencionado dispositivo, visto que, segundo tal dispositivo, a coação há de ser moral ou física.

Esta interpretação da primeira parte do artigo 18 do Código Penal vigente, já vem sendo admitida pela Excelsa Côrte de Justiça do País:

> "Julgamento pelo Tribunal do Júri. Inviabilidade de quesito em torno da excludente da coação moral irresistível. O artigo 18 do Código Penal estabelece que pelo delito praticado sob coação irresistível somente responde o autor da coação, pois o executor é apenas um instrumento..." (RTJ 73/739).

Acontece que renomados penalistas doutrinam que a não exigibilidade de outra conduta, como geral causa de exclusão, "pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema", como adverte ANIBAL BRUNO (ob. cit., pág. 102).

E acrescenta este autor:

> "Na realidade são casos de verdadeiras lacunas na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia "in bonam partem", que reconhecemos como tendo aplicação no Direito Penal".

Como já dissemos anteriormente, também JOSÉ FREDERICO MARQUES e SOUZA NETO entendem que é possível e válida esta aplicação analógica.

Daí decorre que, embora a tese da coação da sociedade não preencha os requisitos da excludente prevista no artigo 18 do Código Penal em vigor, mesmo assim ela poderá ser arguida por analogia.

Não sou particularmente contrário à aplicação analógica da não exigibilidade, como causa geral do crime ou da culpabilidade, aos casos especificados no Estatuto Penal. O que eu entendo e sustento é que, nos chamados crimes passionais, não pode prosperar esta aplicação analógica ao artigo 18. É este o âmago da tese que submeto à apreciação dos meus ilustres colegas congressistas.

Admitir tal aplicação analógica ao artigo 18, da astuciosa coação da sociedade, parece a mim um violento atentado à capacidade de compreensão humana, uma heresia jurídica descomunal e acintosa às regras preservadoras da vida social.

Ora, a teoria da não exigibilidade de outra conduta assenta fundamentalmente na anomalia das circunstâncias e na falta de incidência do juízo de reprovação social sobre o autor do fato. Sem esta anormalidade de circunstâncias e sem esta censurabilidade, a não exigibilidade não encontra razão de ser.

Pois bem, é verdade que ainda nos dias de hoje algumas comunidades persistem em aplaudir a conduta daquele que destrói a vida de uma companheira corrompida. Esta *aprovação*, todavia, resulta de um grave equívoco em que continuam laborando estas comunidades, uma vez que seus componentes imaginam sinceramente que o móvel do crime é o nobre sentimento do amor ou da honra ferida.

Nenhuma culpa, porém, pode ser atribuida a estas comunidades. A civilização foi induzida pelo Romantismo a tirar estas falsas conclusões. Os romances, as peças teatrais, as poesias, as cantigas não apregoavam outra coisa, senão a elevação dos amantes assassinos a uma altitude quase divinal. Ainda nos dias correntes perdura este monstruoso processo de indução, inclusive na música popular, que parece mais ao alcance da massa. Quem ainda não prestou atenção à letra de Gilberto Gil, na modinha que denominou de "Domingo no Parque"?

O que é indesmentível é que, na reação primitiva, bárbara, sanguinária do criminoso passional, não há nenhuma sensação de honra manchada, nenhuma motivação amorosa, como popularmente ainda se acredita.

Todo aquele que entregar um pouco do seu tempo para meditar sobre o assunto, há de concluir desta maneira.

ROBERTO LYRA, um dos mais humanos juristas brasileiros, um promotor que chegou a se desencantar nas suas acusações quando começou a frequentar o estado lastimável dos nossos presídios, gritou aos ventos, indignado:

> "Há ódio de morte. Amor de morte é invenção dos assassinos".

E acrescentava o velho humanista:

> "A rigor, crime de amor seria a compressão de um abraço, a violência de um beijo que esgotasse os pulmões". (In Sociologia Criminal, 1969, Forense, página 204).

LUIZ ÂNGELO DOURADO, médico psiquiatra que por longo tempo chefiou o Serviço de Biopsicologia da Penitenciária do Rio de Janeiro, depois de um permanente contacto com toda sorte de criminosos, sentenciou:

> "O passional, a nosso ver, é um imaturo que ignorou as forças arcaicas, de natureza inconsciente, motor de sua futura delinquência. Nessas condições, o indivíduo torna-se criminoso por não ter tido liberdade de escolha, isto é, ele já estava condicionado ao crime mesmo antes de conhecer a vítima. A eleição da amante ou da esposa já leva em si o germe do futuro drama, porque o próximo é uma abstração para o narcisista e só lhe pode trazer intransponíveis dificuldades. A maioria das vítimas ousou ter personalidade e determinação de livrar-se da tirania de um homem obcecado por si mesmo. Pretenderam a liberdade e encontraram a morte". (In Revista de Criminologia e Direito Penal, nº 16).

EUZÉBIO GOMES, outro grande estudioso e observador, disse que os passionais "não obram sempre influidos por uma exaltação passional do amor, da honra ou do crime". Tais fatos, continua ele, são o efeito de um "raptus" emocional, desprovido de toda preparação, que sobrevém repentinamente, à só presença do fato gerador do estado emotivo (Apud Ribeiro Pontes, in Código Penal Brasileiro Comentado, Freitas Bastos, 6a. edição, página 190).

Não se poderá justificar jamais a atitude daqueles que, como registrou o saudoso Nelson Hungria, possuidos do "ódio inexorável dos maus — impiedosos, covardes, sedentos de sangue, porejando vingança — vêem na esposa apenas o objeto de sua posse arbitrária, desapercebendo-se, tais indivíduos, de que há nela uma alma que sente e se revolta. Certamente, a lei e a moral não permitem que a mulher prevarique, ainda quando maltratada e humilhada pelo marido; mas negar-lhe, por isso, o direito de viver, seria um requinte de maldade" (In Comentários ao Código Penal, vol. V, Forense, 3a. edição, página 155).

J. ALVES GARCIA, escrevendo sobre os passionais, asseverou que "na maioria dos delitos passionais, há mais bestialidade, mais furor ciumento e cupidez, do que amor. Muitos uxoricídios que revestem aparência de passionais não são senão assassínios frios e calculados e envolvidos de bem estudada emocionalidade Apud Ribeiro Pontes, ob. cit., página 191).

> "Negação da lei, de que todos os outros crimes são a simples violação, regresso à barbárie, regressão à animalidade, eis o que é o crime passional", sentenciou Léon Rabinowicz, no seu famoso livro "O Crime Passional", 1961, página 234.

Por amor, pois, incontestavelmente não se comete o mais grave de todos os eventos lesivos; nem tampouco, como acredito ter demonstrado à farta, nos crimes passionais não se mata para limpar a honra.

As comunidades que ainda assim não entendem, devem ser estimuladas a reparar este perigoso engano, e a pena é um dos meios para ajudá-las a consertar o equívoco que estão cometendo.

De fato. A pena auxiliará tais comunidades a reconsiderar sua errônea maneira de pensar, fazendo-as ver o erro em que estão incidindo, quando pensam ser possível destruir uma vida humana sob a impulsão amorosa. Realmente esta maneira de pensar se resume num absurdo sem qualificação. O próprio Enrico Ferri o mais distinguido defensor dos criminosos passionais, relacionou o amor no elenco das paixões sociais, que não conduzem à desagregação social. E se o crime de homicídio atenta fundamentalmente contra a ordem e a paz coletivas, certo que, no pensamento de Ferri, o amor jamais poderá servir-lhe de móvel.

E o auxílio a ser fornecido pela pena, neste processo de reeducação das comunidades, resultará do caráter intimidativo daquela.

Pode parecer estranho falar em reeducação social, mas a história tem demonstrado que as sociedades podem ter desviado o curso das suas verdadeiras vocações, em determinados momentos do seu

evoluir, quando se deixam, por uma incrível inadvertência, teleguiar por movimentos idealistas daninhos e que põem em risco a sua própria integridade do corpo social. Tal como ocorreu, segundo já afirmamos anteriormente, com estas comunidades que ainda hoje, se deixam envolver por esta pregação romântica...

Como se sabe, a pena é um poderoso instrumento de utilidade geral, que ela exerce sob a forma de intimidação, a par da sua função preventiva individual, externada sob a forma de eliminação e redução. O genial EMERSON LUIZ DE LIMA, quando ainda era Promotor de Justiça, costumava se bater por aquilo que ele intitulava de exemplaridade da pena. Dizia ele que o castigo tem uma dupla função, uma individual e outra social, que "vem sendo confirmada, invariavelmente através de observações inúmeras realizadas por sociólogos e penalistas de renome" (in "Os Grandes Processos do Júri", de Carlos de Araújo Lima, Artenova, 3a. edição, 1a. Série, página 111).

Dir-se-ia que o caráter de prevenção individual da pena não pode exercer nenhuma influência sobre o criminoso passional, porque ele não reincide jamais, como a experiência tem demonstrado. O fato do passional não recomeçar nunca, porém, não deve militar em favor da sua impunidade, como ensina RABINOVICZ no trecho a seguir transcrito:

> "Se, com efeito, tivéssemos a certeza de que os passionais não reincidem nunca porque o ato lhes é particularmente odioso, admitiríamos que esse fato militaria em favor de uma certa atenuação da pena; mas, desde que não voltam a reincidir porque não podem fazê-lo, ainda que o quisessem absolutamente, não compreendemos porque se considera esse fato, independente da sua vontade, como uma circunstância que lhes deve aproveitar". (Ob. cit., página 224).

Finalmente, arremata o extraordinário mestre de Varsóvia, "mesmo supondo que a reação penal seja inútil para os delinquentes passionais, visto que eles nunca reincidem, poder-se-ia contestar a sua utilidade como prevenção geral, para que os outros não pratiquem o crime?" (Ob. cit., página 226). E conclui contundentemente desta forma:

> "Somos de opinião que os candidatos ao crime passional são intimidáveis; são-no tanto mais, quanto é certo que quase todos preparam o crime. E estamos certos de que se o crime fosse punido como merece, todos os que hoje matam sem hesitar, re-

fletiriam mais nos riscos que correm; e mais numerosos seriam, então, esses vingadores falhados, à Sigaiev (da magnífica novela de Tchekov), que entram num armeiro para comprar um revólver e saem com uma rede para apanhar cordonizes". (Ob. cit., página 226).

Também ALIMENA estava de acordo com a posição que defendo, quando afirmava que a pena não só age como determinante sobre a consciência dos prováveis e possíveis delinquentes, mas exerce, também, a sua maior eficácia na consolidação contínua, lenta e hereditária, do senso moral (apud RABINOWICZ, ob. cit., pág. 227).

DURKHEIM também encontrava esta "missão moral" no instituto da pena, visto que, para ele, "as paixões humanas só se detêm perante um poder moral que respeitem". Se falta qualquer autoridade desse gênero, é a lei do mais forte que triunfa e, latente ou agudo, o estado de guerra é, necessariamente, crônico, acentua o grande sociólogo (apud RABINOWICZ, ob. cit., página 227).

Pois bem, meus senhores, a partir do momento que estas co-comunidades entenderem que a ação criminosa do passional pode ser instigada por tudo, menos pela nobreza do amor ou da honra maculada; a partir de então elas não mais *aprovarão* a conduta assassina que nos dias correntes dão tanto prestígio.

Pois então, se a base em que assenta o princípio da não exigibilidade de outra conduta, como causa geral de exclusão da culpabilidade, é precisamente esta ausência de *reprovação social* à prática criminosa, logicamente não será mais possível arguir esta teoria em favor dos chamados criminosos passionais, desde que se abram os olhos do povo e os façam enchergar a impossibilidade de se cometer um homicídio por amor.

De ressaltar, como já acentuei retro, que nem todos os grandes penalistas são favoráveis ao princípio da não exigibilidade. Mesmo os que se manifestam em concordância com o princípio, repetem uníssonos muita cautela na sua aplicação nos delitos dolosos, principalmente nos comissivos.

Já declarei também que não pertenço ao rol dos que renegam o princípio, porque me parece uma heresia querer negar valia e utilidade a ele, por mim considerado como um avançado passo da ciência penal, a tornar possível uma Justiça mais humana e mais justa. O que me parece ser necessário, é o encravamento de marcos limítrofes de sua admissibilidade prática.

Nos crimes passionais, por exemplo, onde a premeditação é uma constante, onde os criminosos dispõem de tempo para meditar longamente sobre o delito e para estudar os detalhes mínimos de sua

preparação e execução, a mim me parece extremamente impossível admitir a aplicação da não exigibilidade, porque outra conduta era razoavelmente exigível dos agentes ativos.

De realçar também que a admissão da teoria, em proveito dos passionais, por certo acarretará um afrouxamento da repressão e um amolecimento da firmeza que devem ter as regras do Direito Penal, com sérios gravames para a vida societária.

Comungo da opinião segundo a qual o representante ministerial não serve mais os "senhores do dia", exercendo, isto sim, o procuratório sublime dos mais elevados interesses da sociedade, sendo, na relação processual penal, parte absolutamente neutra. E exatamente no desempenho destas suas altas funções defensivas, é que os "magistrados de pé" devem rechaçar as chances que possam conduzir à anarquia, tapando as brechas que porventura tentem escancarar no sistema repressivo.

Não me encontro em trincheira isolada, já repeti atrás, como se pode comprovar com o pensamento de BIAGIO PETROCELLI, que nos refere uma "necessidade de ter resistente a função de garantia da *fattispecie* a qual não nos parece que seja assegurada pelo ordenamento que adota a doutrina normativa da culpabilidade e ao princípio da chamada não exigibilidade que lhe é estreitamente conexo (in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 8, página 74).

DONNEDIEU DE VABRES, Professor da Faculdade de Direito de Paris, leciona que somente se a sanção penal assumir o seu "caráter objetivo", é que na verdade se assegurará os direitos do Homem e do Cidadão (in A Justiça Penal de Hoje, 2a. edição, página 16, Arménio Amado, Editor).

LUIZ ALBERTO MACHADO levanta um argumento que vem servir de suporte para esta minha tese. Ele acha que, quando a compulsão se der em razão de *fatores morais,* será exigível uma conduta adequada à norma, por isso que a não exigibilidade só tem relevância quando ocorre uma *colisão de direitos*. Em outras palavras, sacrificar um *direito* para salvaguardar um *preconceito moral,* não realiza a teoria da não exigibilidade, porque este comportamento é *censurável*. A ordem jurídica, diz ele, deve imperar, por sua superioridade e independência, sobre valores morais e ou religiosos (in Revista de Direito Penal, do Prof. Heleno Fragoso, nºs 7/8, página 57)

Nesta ordem de raciocínio, mesmo se considerarmos que o passional é impelido por preconceitos morais, não lhe socorrerá a excludente da não exigibilidade, dado que esta somente se realiza e encontra relevância quando há choque de interesses juridicamente protegidos.

CONCLUSÃO

Nossa Instituição Ministerial carrega sobre os ombros, no elenco de suas inúmeras atribuições, este pesado fardo de por em movimento a pretensão punitiva estatal, ao cabo de, lutando pela condenação do violador do preceito contido na norma penal, recompor a ordem jurídica balançada e restabelecer a paz social estremecida com o crime.

Como a teoria da não exigibilidade encrespa ainda mais as intranquilas águas da responsabilidade criminal, não me parece recomendável ao Ministério Público ficar distanciado dos alvoroçados debates que se processam em torno do importante tema.

Não que esteja autorizado a afirmar que o Ministério Público Nacional, por seus membros, se encontre apático diante desta contenda jurídica criada em derredor da não exigibilidade, teoria que ainda se encontra no embrião. Não, não é isto. Minha intenção foi, tão somente, agitar a questão por entre os meus honrados e cultos companheiros do "Parquet" brasileiro, na tentativa de trazer uma colaboração apenas, a mais pálida que seja, aos que, como eu, se vêm dedicando mais diretamente pela matéria.

Agradeço a benevolência dos que me ouviram a leitura cansativa deste trabalho. E quando retornar ao meu rincão, ao convívio dos meus filhos, farei questão de lhes dizer que corajosamente, embora sem brilho, deixei aqui o meu grito de repulsa à impunidade de uma classe de assassinos disfarçadamente denominados passionais.

E que eu possa alimentar a esperança de nunca mais ouvir meus poetas das barrancas repetirem estribilhos desta natureza.

"Sobre a mesa de caixote,
O defunto espia a vida com seus olhos de mais nada..."

Um dia, quando ainda era menino, assisti um espetáculo de crueldade indefinivel — um homem enfiou uma faca aguda, repetidas vezes, até cansar o braço, no corpo branco e desnudo de uma mulher que ele dizia amar; depois, montou seu cavalo, e tomou o rumo de uma estrada enlamaçada da cidadezinha onde eu morava!...

Talvez estas vozes escabrosas do meu passado, de certa maneira, influenciem esta minha posição tão sistematicamente contrária à absolvição dos passionais.

De qualquer maneira, procurei dar um cunho científico à minha sustentação, sem ter a veleidade de ter impressionado os ouvintes. Terminantemente, porém, fica meu clamor:

— Não pode haver impunidade para os criminosos passionais!

— Sobretudo a não exigibilidade, como causa geral de exculpação ou de descriminação, não lhes pode aproveitar!

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

IRRETROATIVIDADE PRESCRICIONAL DA AÇÃO PELA PENA CONCRETIZADA

Everards Mota e Matos
Membro do Ministério Público do Distrito Federal

SUMÁRIO:

1°) PRESCRIÇÃO

I. Conceito;

II. Fases e termos;

III. Fundamentos: a — jurídicos
b — sociais.

IV. Causas interruptivas:
a — Da ação
b — Da condenação.

2°) FIXAÇÃO DO TEMA EM TESE.

3°) ALTERAÇÕES DA LEI N° 6.416/77.

4°) CONSEQUÊNCIAS ANÔMALAS DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA:

1. Momento ou tempo;
2. Início da prescrição do § 1°, art. 110;
3. Inobservância de preceito legal vigente;
4. Subversão processual;
5. Incentivo à chicana;
6. Falta de antevidência processual;
7. Revogação de poderes jurisdicionais da magistratura;
8. Desfiguração do Instituto;
9. Contrariedade frontal à lei;
10. Incongruência interpretativa;
11. Inadaptação à ordem processual.

5°) CONSIDERAÇÕES FINAIS.
6°) COROLÁRIOS.
7°) PREMISSAS CONCLUSIVAS.
8°) CONCLUSÃO FINAL.
1°) PRESCRIÇÃO

I. *Conceito:*

No consenso predominante a prescrição penal é a perda do direito de processar o delinquente ou de aplicar-lhe a pena imposta na sentença, pelo decurso do tempo.

É, assim, a extinção do direito de promover a ação penal objetivadora do "jus puniendi" ou do direito à aplicação da penalidade imposta, donde a prescrição da ação ou da execução, respectivamente antes ou depois de a sentença condenatória transitar em julgado.

A inércia do titular da ação, por qualquer motivo, extingue a responsabilidade após o decurso de determinado tempo legalmente previsto.

Apresenta-se como meramente extintiva de direito, relativamente ao titular do mesmo, porém, do lado oposto, não deixa de ser constitutiva de direitos com relação ao autor do delito prescrito, pois este, sujeito a uma situação aflitiva, se vê restituído da irrestrita faculdade que o isentará da coação processual ou punitiva, respectivamente, se a prescrição ocorrer antes ou depois da sentença condenatória definitiva.

O tempo prescricional, ao extinguir o direito do titular da ação penal ou da pretensão punitiva, restitui o do delinquente, afastando-lhe a espada de Dâmocles.

Apenas permanecem consequências. Como a prescrição não pode apagar o crime, este servirá como ponderação futura no aquilatamento dos antecedentes de seu autor. Se se verificou após a condunação, opera efeito para o reconhecimento da reincidência.

II. *Fases e termos:*

Na prescrição penal, duas fases hábeis à sua concretização se apresentam:

1°) Antes de transitar em julgado a sentença condenatória;
2°) Depois do trânsito em julgado de tal sentença.

No primeiro caso trata-se da prescrição da ação enquanto, no segundo, da execução da pena imposta.

Não havendo condenação definitiva, a prescrição é regulada pelo máximo da pena abstratamente considerada. Se a houver, o tempo prescricional regula-se pela pena concretizada.

Apenas uma exceção é legalmente prevista:

Se da senteça condenatória somente o réu recorreu, não sendo assim possível a aplicação de pena maior, em razão do princípio expresso no art. 617 do Cód. Proc. Penal, que impede a "majoratio in pejus", a prescrição é fixada pela pena concretizada na sentença.

A prescrição da ação se inicia, começa a correr, a partir do dia em que o crime se consumou, ou seja, do dia em que a figura típica se considerou ofendida pela realização de todos os seus elementos, nos termos das indicações previstas nas diversas letras do art. 111 do Código Penal. Logo, o prazo se inicia a partir do resultado natural ou normativamente considerado.

O começo da prescrição condenatória ou executória é, em regra, o dia em que passa em julgado a sentença punitiva — art. 112 — letra "a" do Estatuto Substantivo.

III *Fundamentos:* a — *Jurídicos*
b — *Sociais*

a. No Direito Pátrio, a prescrição é causa da extinção da punibilidade do crime. Se verificada antes do recebimento da Denúncia ou, depois desta, antes da "coisa julgada", é a extinção do direito de ação. Se sobrevier à "res judicata" constitui um perdão de pena.

É insustentável a posição adotada no Código Penal Italiano de 1930 através do seu artigo 157:

"A prescrição extingue o crime".

Sendo o crime o evento ou resultado advindo de uma ação, em sentido duplo, os atos realizados e suas consequências jamais poderiam ser apagados pela prescrição.

Se a ação somente se tornar viável após a prova revestidora da certeza do crime (autoria) e de sua existência (materialidade) e, se tais provas surgirem apenas depois do lapso prescritivo, enganam-se os que entendem inexistir ainda o direito de ação por ser este conexo com uma pretensão conhecida, de direito material.

Esquecem-se ser a pretensão punitiva o que decorre do crime.

A ação penal precede ao delito e é apenas um dos momentos na sua perseguição.

"Depois que a doutrina da ação, em laboriosa e fecunda especulação técnico-jurídica, separou o direito de agir do direito subjetivo material, aceito ficou que o "jus actionis" é autônomo e independente". — José Frederico Marques — Elementos de Direito Processual Penal — 1º vol. — págs. 312 e segs. — ed. 1961 — Forense — Rio-São Paulo.

Assim, antes, a ação é direito abstrato e autônomo que surge concretamente com o crime a ser perseguido e se apresenta legitimada ativamente com a "notitia criminis" integral.

Nestes termos, o conhecimento integral da prova do crime, somente depois da prescrição, não autoriza a afirmação de extinção deste mas sim da ação pois esta é correspondente ao direito da sociedade ou do particular, pré-existente, e que surge concretamente logo após a consumação do ato ilegal revestido de todos os elementos caracterizadores de um ilícito penal.

O preceito do art. 75 do Código Civil:

"A todo direito corresponde uma ação que o assegura" — tem uma amplitude e alcance ilimitados.

Por isto é que a ação, como faculdade ou norma de agir, convive com o direito, potencial ou concretamente existente.

b. O transcurso do tempo concretizado pela inércia fundamenta a prescrição.

O tempo é fator de restabelecimento da ordem jurídica abalada pelo crime.

"Os remanescentes mudaram o modo de sentir e pensar", extinguindo a mácula deixada pelo impacto na sociedade então abalada e ferida pela transgressão da ordem social.

As lembranças do crime apagaram com seus efeitos e consequências, extinguindo-se o direito de a sociedade vitimada mover a ação penal ou executar a sentença condenatória.

"Justiça que tarda é justiça intempestiva". Aluísio de Carvalho Filho — Comentários ao Código Penal — vol. IV — Forense.

Não tem sentido deixar a espada de Dâmocles, balançar eternamente por sobre a cabeça do criminoso reintegrado ao convívio normal.

O tempo que fundamenta a prescrição no seu transcurso específico até o termo fatal é variável, por razões sociais, de acordo com a gravidade do delito, a condição pessoal do seu autor (menor de 21 ou maior de 70 anos) e a sua personalidade.

Além do transcurso do tempo, presuntivo da desnecessidade da defesa social já em época incompatível, fundamenta ainda o instituto, secundariamente, a aflição do criminoso na sua longa expectativa além da dificuldade probatória do crime em época outra, distante.

O tempo extinguiu o fundamento e os fins da pena, subtraindo do Estado os motivos para a punição, atingindo assim o seu poder punitivo, obstando a ação penal ou a execução da pena.

IV. *Causas Interruptivas: a — Da ação*
b — Da condenação

a. Todas as causas interruptivas enumeradas no artigo retro mencionado, se verificadas antes do trânsito em julgado da sentença final, constituem razões que interrompem a prescrição da ação penal.

É asserção indiscutível: o curso da prescrição interrompe-se diante de todos os atos demonstradores do propósito do Estado no sentido da "persecutio criminis" conducente à punição final.

Tal se compreende em razão de ser a inércia um dos principais fundamentos do instituto, constituindo a atividade o interesse contrário ao êxito prescritivo.

Assim é que o recebimento da denúncia ou queixa, a pronúncia ou decisão confirmatória desta e a *sentença condenatória recorrível,* são causas interruptivas do caminho prescricional, enumeradas no art. 117.

b. Como esta se verifica após a sentença condenatória transitada em julgado, é interrompida nesta fase executória pelo início ou continuação do cumprimento da pena ou, por um acontecimento estranho ao crime — a reincidência genérica ou específica.

"Interrompida a prescrição, salva a hipótese do nº V (penúltimo retro referido) *todo o prazo começa a correr novamente, do dia da interrupção*". — parág. 2º do artigo 117 do Código Penal — grifamos por duas vezes neste item V, com o propósito deliberado de ressaltar proposições essenciais.

Assim sendo, como fora destacado, agirá a causa interruptiva como um marco ou termo inicial de onde fluirá com toda integridade, novamente, o prazo ou lapso prescricional.

Tais assertivas legais estabelecem com evidência algumas das premissas lógicas demonstradoras da irretroatividade prescricional da ação penal pela pena concretizada, na sentença condenatória suscetível de recurso, impetrado somente pelo réu, como pessoa passiva do gravame sofrido.

2º) FIXAÇÃO DO TEMA EM TESE

É certo e está estabelecido que a sentença condenatória recorrível interrompe a prescrição da ação, começando todo o prazo a correr novamente do dia da interrupção — artigos 117, IV e § 2º, respectivamente.

Se a sentença condenatória, antes recorrível, transita em julgado para a acusação, daí se estabelece o curso da prescrição pela pena concretizada na sentença, com fluição ou termo inicial a partir da última causa interruptiva que foi a sentença condenatória recorrível.

Apesar da evidência, o Colendo Supremo Tribunal Federal, interpretando o parágrafo único do art. 110 do Código Penal, hoje parágrafo 1º, conforme modificação introduzida pela Lei 6.416 de 24.05.77, firmou jurisprudência, consolidada pela Súmula 146, assim redigida:

"A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".

A Súmula está redigida conforme a Lei inspiradora. Sua interpretação é que foi desvirtuada em sentido incompreensível.

Como uma das consequências principais: se o lapso prescricional baseado na pena concretizada na sentença, com trânsito em julgado para a acusação, é suscetível a tornar prescrita a ação, no interregno do termo inicial a qualquer coisa interruptiva — consumação à denúncia ou desta à sentença condenatória — decreta-se a extinção da punibilidade pela prescrição, fazendo-a retroagir para alcançar o tempo anterior referente ao curso da ação.

(No capítulo seguinte faremos observações correlacionadas a este último parágrafo, quando teceremos rápidas apreciações sobre a novel Lei nº 6.416).

Entretanto, o absurdo não permaneceu e nem permanece inerte pois uma corrente, iniciada pelo eminente Ministro Luiz Gallotti e acatada por tantos outros de envergadura, continua a ponderar nos julgamentos do Pretório Excelso e na doutrina predominante.

O Código Penal de 1969 havia inicialmente fulminado a interpretação retroativa ao inserir no preceito conhecido, da norma do então parágrafo único do art. 110, a expressão "daí por diante", formulando assim o enunciado:

"A prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos".

A exposição de motivos justificou:

"Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena in concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena in concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão".

Entretanto, em 1973, oriundo do Executivo, foi modificado o entendimento inicial, para estabelecer a prescrição retroativa pela pena concretizada, hoje reconhecida no Estatuto Penal de 1969 porém, de vigência ainda incerta e mesmo duvidosa dado a gama de interesses

conflitantes que sempre emperraram a máquina corretiva e evolutiva da legislação brasileira.

O certo é que a modificação veio, apesar dos incisivos termos da exposição de motivos.

O Código Penal Militar, de outubro de 1969, acatou o princípio da retroação do prazo prescricional ao expressar no seu artigo 125, § 1° que:

> "Sobrevindo sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença, já decorreu tempo suficiente".

É de ser notado o equívoco do entendimento extensivo a que muitos dão a esta norma:

Da sentença com recurso só o réu até a última causa interruptiva anterior — sentença condenatória recorrível publicada e intimada — o prazo é exíguo para consolidar qualquer prescrição.

Donde, pela exatidão lógica da interpretação, o lapso prescricional retroativo não pode ultrapassar a data da sentença condenatória, imediatamente anterior, razão pela qual não há condições de ser logo declarada pelo Juiz, mas sim pela instância superior, se for o caso.

3°) ALTERAÇÕES DA LEI 6.416/77

Abrangendo a rigidez interpretativa jurisprudencial, a Lei supra referida acrescentou um parágrafo a mais no art. 110, o § 2°, onde, dentre outros preceitos enunciados, colocou termo à retroação prescricional pela pena concretizada na sentença com trânsito em julgado para a acusação, ao tempo anterior ao do recebimento da denúncia, nos seguintes termos:

> "Parágrafo 2° — 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 ao do recebimento da denúncia".

Como não se referiu para restringir ou admitir a sua retroatividade à fase anterior à qualquer outra causa interruptivas ou, mais claramente, à que fica antes da sentença condenatória recorrível, deduz-se haver o legislador deixado o impasse e mexame à mercê, ainda, dos embates existentes, de ordem doutrinários jurisprudenciais.

Contudo, conceituou e estabeleceu o alcance da "prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusa-

ção" ao mencionar, no parágrafo 1º retro transcrito, que esta "importa tão somente em *renúncia* do Estado *à pretensão executória da pena* principal," ..... (grifei).

Não nos parece adequado juridicamente nem de boa técnica o princípio, entretanto, fixou a asserção conducente a que a prescrição do parág. 1º do art. 110 trata "tão somente", "em renúncia" "à pretensão executória da pena".

Ora, a prescrição executória da pena ou da condenação somente se pode iniciar após o surgimento da causa que a gerou — a sentença estabelecedora da sanção — logo, depois dela é que terá o seu curso de vida.

Assim, é impossível fazê-la volver ao período anterior, de gestação, para extinguí-lo, em uma retroatividade ilógica e contrária a todos os princípios legais, naturais, jurídicos ou hermenêuticos correlativos.

Do exposto já emergem as premissas aptas à conclusão final, todavia, preferimos demonstrar ainda a completa improcedência da retroatividade, através de suas consequências anormais, na pretensão de melhor retirar, dos enganos apontados, a certeza do tema em contrário.

4º) CONSEQUÊNCIAS ANÔMALAS DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Emergem das seguintes razões:

1. *Momento ou Tempo:*

Não se compreende julgar extinta a ação na fase destinada à execução.

Se a prescrição decorre da inércia não se pode concebê-la para desconsiderar atos anteriores ativados e praticados sob a égide do direito permissivo e regulador do seu exercício no tempo legalmente destinado.

2. *Início da Prescrição do § 1º do art. 110:*

A retroatividade o ilegitima, contrastando com o princípio do art. 109 cuja exceção ali prevista trata apenas de regular a prescrição da ação, in casum, pela pena imposta.

3. *Inobservância de preceito legal vigente:*

Negando à sentença condenatória recorrível o caráter de causa interruptiva da prescrição — inc. IV do art. 117.

4. *Subversão processual:*

Obrigando os representantes da Justiça Pública à medidas incompatíveis com a ordem jurídica processual como:

a. Recorrer sem a existência do pressuposto da sucumbência diante do fim alcançado com a sentença condenatória;

b. Não fosse a proibição final adotada no parágrafo segundo do art. 110, introduzida pela Lei 6.416/77, estaria a Justiça Pública obrigada a oferecer denúncia em crimes presumivelmente já prescritos após a sentença condenatória.

Ora, diante de um crime de lesão corporal simples, cuja pena máxima é de um ano de detenção e a prescrição abstrata relativa de quatro, se mais de dois anos já fossem transcorrido antes do oferecimento da denúncia, o órgão da acusação de antemão saberia que, diante de qualquer pena inferior ao máximo legal cominado estaria o delinquente beneficiado pela prescrição retroativa da pena concretizada, cujo lapso máximo é de dois anos, já transcorridos antes da denúncia.

c. Sustentar, pela mesma forma, uma acusação integralmente provada porém infrutífera.

Em abril deste ano de 1977, um dos Promotores em função perante o Tribunal do Júri do Distrito Federal, após provar integralmente a acusação formulada, teve finalmente palavras de desalento, afirmando que a acusação somente decorreu de um dever legal pois qualquer que fosse a pena justa a ser imposta, estaria extinta pela prescrição retroativa.

Estava sendo julgado um réu pronunciado por tentativa simples de homicídio em agosto de 1962 e preso no Rio de Janeiro 14 anos após o fim de ser submetido à julgamento na Capital Federal.

Como havia provas de ser o réu primário, de bons antecedentes, com personalidade normal e mínimas as consequências do crime, a pena jamais ultrapassaria 8 anos, cuja prescrição, sendo de 12, estaria consumada, na consideração retroativa.

5. *Incentivo à Chicana:*

Nos centros de maior afluência de processos criminais, onde se levam meses para os atos processuais e diligências normais, a chicana tenderá a aumentar a fim de possibilitar, pelo tempo, a prescrição de efeito retroativo.

Se a ordem jurídica se vincular a tal interpretação do instituto, o caos, a desordem e a intranquilidade na sociedade surgirão pois a Justiça não poderá aplicar a norma penal de maneira a fazê-la cumprir integralmente.

6. *Falta de antevidência processual:*

Se a retroação em exame constituir regra penal, a adaptação de preceitos processuais adequados seria mais do que necessária. Porém, nada se cogitou no novo Código de Processo Penal encetado e nem na decantada "reforma do judiciário" que não cuidou do mundo da primeira instância, do aparelho judiciário de apoio ou auxiliar, como a "grande panela onde fervilha a quase totalidade dos problemas", parecendo destinada a continuar na mesma, sem consequências corretivas aos impasses surgidos.

7. *Revogação de Poderes Jurisdicionais da Magistratura:*

"O magistrado de primeira instância ou o Tribunal, da segunda, que entendesse provada a infração penal, na hipótese aludida, ficaria na situação de um fantoche, obrigado a proferir uma condenação cujo único e exclusivo efeito seria justificar a impetração de um habeas corpus na instância Superior" — In informação ao H.C. nº 42.493 S.T.F. — de S. Paulo — pelo Min. Humberto Andrade Junqueira — Vice Pres. do T. de Alçada — R.T.J. vol. 36 — págs. 74 e segs.

8. *Desfiguração do Instituto:*

A prescrição é um instituto, como foi visto, que tem por fundamento o decurso de certo tempo dentro do qual houve a inércia do seu titular.

Entretanto, ao fixar a pena na sentença, o Juiz será o árbitro da prescrição pois se estabelecer pena pequena o crime estará prescrito; se grande ou no máximo, não haverá prescrição — Min. Humberto Andrade Junqueira — idem, ibidem.

Mas a prescrição é um instituto independente pois não depende de ninguém, mormente do magistrado no momento de prolatar a sentença — depende sim, exclusivamente, de um lapso de tempo previamente fixado.

Se o processo na hora da sentença não estava com a ação prescrita; se o réu não a poderia alegar nesta oportunidade; "como admitir-se que, por uma logomaquia se considere que a prescrição tenha ocorrido antes da prolação da sentença, tudo dependendo da pena que o *Juiz* fixar na sentença?" — idem, ibidem.

9. *Contrariedade Frontal à Lei:*

Porque o parágrafo primeiro do art. 110 do Estatuto Penal "alude à prescrição depois da sentença e fica difícil, sem dúvida, ler antes da sentença onde a lei diz o contrário — Min. Luiz Gallotti no voto proferido no H.C. nº 49.717 — S.P. — Tribunal Pleno — in R.T.J. — nº 62, págs. 317 e segs.

10. *Incongruência Interpretativa:*

Se não houver sentença condenatória na primeira instância e sim absolutória, com recurso da acusação, logrando-se condenação na Superior Instância, o réu que estaria beneficiado por uma condenação anterior, diante da então absolvição se vê em desvantagem quanto à prescrição, porque esta não poderia regular-se pela pena imposta e sim pela abstratamente considerada, ou seja, pelo máximo da pena cominada.

Como a Súmula 146 do S.T.F. pressupõe uma sentença condenatória de que só haja recurso do réu, dando-lhe efeito retroativo e, como a condenação foi imposta na instância superior onde é incabível, na grande maioria, recursos, decorre daí o trânsito em julgado sem os efeitos retroativos que se quer dar ao parágrafo único do art. 110 do Código Penal, hoje parágrafo primeiro.

O réu estaria em situação estranha a qualquer princípio de equidade — cumprirá a pena.

Note-se que o art. 110 e 112, letra "a" afasta de modo inequívoco qualquer idéia de retroatividade, e, a condenação em segunda instância está dentro de tais preceitos para o efeito do exame prescricional.

Sendo a regra do atual parágrafo primeiro do art. 110 uma exceção à regra do art. 109, há de se considerar o consagrado princípio da hermenêutica, "segundo o qual as exceções devem ser entendidas estritamente" conforme reconhece o próprio S.T.F. através de inúmeros julgados.

11. *Inadaptação à Ordem Processual:*

Pelo art. 61 do Cód. Penal, in verbis:

"Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício".

Ao proferir a sentença condenatória, diante da pena aplicada, o Juiz, em obediência à interpretação do preceito da Súmula referida, deveria declarar extinta a punibilidade pela prescrição.

Porém, nos termos da Lei, deve aguardar a manifestação da acusação através do recurso.

Se esta não vier, conformando-se com a decisão favorável à sua pretensão punitiva, não mais poderá o juiz modificar a sentença, já publicada e transitada em julgado, se o réu também deixou de apelar — a condenação estará consumada.

Logo, mesmo admitindo e reconhecendo tal prescrição retroativa, o juiz não poderia declará-la, pois só a superior instância estaria

em condições de fazê-lo se houvesse recurso exclusivo do réu. Se não, inexistiria por falta de condição.

É incrível, mas é esta a interpretação emergente da Suprema Corte, deixando, em desabrigo, o preceito processual.

5°) CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Demonstramos o desacordo e o equívoco em que laboram os partidários da "teoria brasileira da prescrição retroativa, com consequências pervertidoras da hermenêutica substantiva e adjetiva penais correlacionadas, daí emergirem vários dos princípios fundamentais demonstradores da conclusão a ser apresentada.

Outros argumentos sólidos se patenteiam na doutrina, predominantemente contrária à retroação, apesar da menção superficial nos tratados e compêndios de Direito Penal.

Acreditamos que já se encontram esboçados os princípios gerais estribadores da tese.

Com ela visamos, também, oficializar, através de um Congresso do Ministério Público, a posição da Justiça Pública, única prejudicada pela interpretação retroativa em pauta.

Ao conceder ordens de habeas corpus com fundamento na prescrição retroativa pela pena concretizada, muitos ilustres prolatores de votos neste sentido, sem atentar pela ilegalidade do erro a que incorrem, têm, injustamente, transferido a culpa para a "máquina de defesa da sociedade", representada pelo Ministério Público.

Ao proferir voto no julgamento do H.C. nº 43.183 — D.F. — perante o Pleno da Suprema Corte — in R.T.J., pág. 320 — vol. 38 — o insigne e culto Ministro Aliomar Baleeiro, votando favoravelmente à concessão da ordem impetrada, expressou:

"Subscrevo as palavras do eminente Relator em relação ao mesmo sentimento de estar a contragosto para fazer isto, porque este caso Forbes, o caso COMAL, tem ficado impune, pelo mau funcionamento de nossa máquina de defesa da sociedade".

Data máxima vênia, os representantes da Justiça Pública têm cumprido com rigor suas obrigações e deveres funcionais, em todas as partes do território nacional, dentro dos prazos a que estão obrigados, nunca podendo serem irrogados de culpados pelas consequências de uma prescrição retroativa a que, tenho certeza, jamais tiveram qualquer parcela de co-autoria.

Se deixam de recorrer para evitá-la na instância superior, é unicamente por faltar-lhe o pressuposto próprio da sucumbência, expresso pelo parágrafo único do artigo 577 do Cód. Proc. Penal.

Nestes termos, já se pode ordenar os seguintes.

6º) COROLÁRIOS:

A. A sentença condenatória recorrível interrompe a prescrição que se verifica no momento em que tal sentença é proferida;

B. Como a interrupção torna inútil, destrói o lapso de tempo anteriormente decorrido e, o Ministério Público somente deixa de recorrer dias após a publicação da sentença mencionada, é evidente que,

C. Este último fato, posterior à interrupção é insusceptível de fazer ressuscitar aquilo que a interrupção anterior já inutilizou, natural e legalmente;

LOGO,

É ilegal e injurídico retroagir um prazo prescricional incipiente a uma situação já preclusa, porque legalmente decorrida sob a égide jurídica reguladora e apropriada.

Donde, para se chegar finalmente à conclusão última, nos termos da Lei e dos princípios vigorantes, em raciocínio lógico resultante da totalidade do exposto, estabeleceremos as seguintes.

7º) PREMISSAS CONCLUSIVAS:

Primeira — A prescrição da ação penal se verifica pela pena abstrata cominada e se concretiza antes da sentença condenatória;

Segunda — Após a condenação, a prescrição executória se verifica pela pena concretizada na sentença transitada em julgado, admitindo-se, por exceção, também, a prescrição pela pena concretizada, *"depois" da sentença* com recurso somente do réu;

Terceira — A sentença condenatória recorrível interrompe o curso da prescrição, iniciando-se, *novamente*, do dia da interrupção, o curso integral de todo o prazo.

Que conduzem à

8º) *CONCLUSÃO FINAL:*

A PENA CONCRETIZADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA A CONDENAÇÃO, TEM EFEITOS EX NUNC, REGULANDO A PRESCRIÇÃO DAÍ POR DIANTE.

BIBLIOGRAFIA

Aluísio de Carvalho Filho — Comentários ao Código Penal — Vol. IV — ed. Forense — Rio — 1958.

Aníbal Bruno — Direito Penal — Parte Geral — Tomo 3º — ed. Forense — Rio — 1967.

Bento de Faria — Código Penal Brasileiro — Vol. 11 — ed. Distribuidora Record — Rio — 1961.

E. de Jesus Damázio — Direito Penal — Parte Geral II — ed. José Bushatsky — São Paulo — 1972.

E. Magalhães Noronha — Direito Penal — Introdução e Parte Geral — Vol. 1 — ed. Saraiva — São Paulo — 1959.

José Frederico Marques — Elementos de Direito Processual Penal — 1º vol. — ed. Forense — Rio-São Paulo — 1961.

José Salgado Martins — Direito Penal — ed. Saraiva — São Paulo — 1974.

José Joaquim Calmon de Passos — A ação do Direito Processual Civil Brasileiro — Ed. Livraria Progresso.

Jardel Noronha — Referências da Súmula do S.T.F. — vol. 9 — Brasília — 1969.

Lydio Machado Bandeira de Mello — Tratado de Direito Penal — volume IV — Diretrizes Gerais da Ação Penal — ed. Oficinas de Obras Gráficas da F.D.MG — Belo Horizonte — 1958.

J. Canuto Mendes de Almeida — Processo Penal — Ação e Jurisdição — ed. Rev. dos Tribunais — São Paulo — 1975.

Ribeiro Pontes — Código Penal Brasileiro — 1º vol. 2a. edição — Guaira — São Paulo.

Roberto Lyra Filho e Luiz Vicente Cernichiaro — Compêndio de Direito Penal — Parte Geral — ed. Butsatsky — São Paulo — 1973.

Walter de Abreu Garcez — Curso Básico de Direito Penal — ed. Buhatsky — São Paulo — 1972.

S.T.F..... Jurispenal do S.T.F. — vols. 13 a 19 — ed. Legis — Summa — São Paulo.

S.T.F..... Revista Trimestral da Jurisprudência — vols. 36, x — 37, x — 38, xx — 53, x — 62, xx — 73, x — 74, x — 76, x.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O SANCIONAMENTO PENAL EM CASOS DE FALSIDADE DE ATESTADO ODONTOLÓGICO

Helena Caúla Reis
(Promotora Pública do Estado de Pernambuco e Professora Assistente do Centro de Ciências da Saúde da U.F.PE)

SUMÁRIO

I — INTRODUÇÃO
II — A COMPETÊNCIA DO CIRURGIÃO-DENTISTA NO ATESTAR
III — CONSIDERAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO ASSUNTO
IV — INCLUSÃO DO ATESTADO ODONTOLÓGICO FALSO EM DISPOSITIVO PENAL PRÓPRIO
V — CONCLUSÕES
BIBLIOGRAFIA

I — INTRODUÇÃO

As normas jurídicas são postas para regular o comportamento dos homens, dado que não lhes basta os ditames morais, porquanto, sendo, alguns deles, irriquietos, inconsequentes e curiosos, terminam por praticar ações censuráveis, não só por suas próprias consciências como pelos seus semelhantes.

Para muitos as normas da Moral, porque desprovidas de coercibilidade, não são capazes de lhes impor os freios aptos a garantirem a harmonia da coexistência social.

Forçoso, também, é reconhecer que o Direito deve refletir a necessidade social, cabendo-lhe, por via de consequência, acompanhar o

desenvolvimento, a fim de poder regular situações emergentes deste mesmo desenvolvimento, evitando, destarte, a desorganização social.

No ordenamento jurídico inseridas estão normas geradoras de direitos e consequentemente de obrigações. Vezes há que as primeiras estão contidas em disposições normativas de um dos ramos do Direito, enquanto que as obrigações consubstanciadas em um outro, qual seja o punitivo. Tal ocorre, por exemplo, em relação às leis regulamentadoras das profissões, que traçam as linhas de condutas a serem observadas pelos profissionais, ficando reservado ao Direito Penal, em alguns casos, o estabelecimento de sanções àqueles que desrespeitarem os dispositivos legais atinentes aos seus misteres.

No presente trabalho, visa-se mostrar, em um ponto, o descompasso existente entre norma seguidora de profissão, mais especificamente da Odontologia, e o Direito Penal, o qual parece demonstrar o alheiamento do legislador no que concerne à competência legal daqueles que exercem a mencionada profissão de saúde.

Feitas estas preliminares considerações, é possível delimitar a área de enfoque deste trabalho, que é o problema ligado à *falsidade do atestado médico*, tipo penal previsto no art. 302 do vigente Código Penal e capitulado nos artigos 339 e 335 do Código Penal de 1969 e na modificação deste aprovada em 1973, respectivamente, em confrontação com as normas regulamentaroras da profissão odontológica.

II — A COMPETÊNCIA DO CIRURGIÃO-DENTISTA NO ATESTAR

O exercício da Odontologia, no Brasil, está regulado pela Lei nº 5081, de 24.08.66, que, além de estabelecer as condições para o exercício lícito da profissão no concernente à habilitação profissional e legal do cirurgião-dentista, traça o seu âmbito competencial.

Assim é que, entre outras coisas, compete ao Cirurgião-Dentista, nos termos do ítem III, do artigo 6º, da supracitada lei:

> "atestar, no setor de sua atividade profissional, estados mórbidos e outros".

Mais recentemente, ou seja em 30.06.75, veio a lume a Lei nº 6215, que em o seu artigo 1º preceitua:

> "O item III do art. 6º da Lei nº 5081, de 24 de agosto de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 6º — Compete ao cirurgião-dentista:
>
> .....
>
> .....

III — atestar, no setor de sua atividade profissional, estados mórbidos e outros, inclusive para justificação de faltas ao emprego."

Calcando-se a definição do atestado odontológico naquela que foi dada por Souza Lima, conforme referência de Tanner de Abreu, para o atestado médico, tem-se que o mesmo constitui a afirmação simples e por escrito de um fato odontológico e de suas consequências.

Segundo a legislação em vigor, é perfeitamente válido o atestado firmado por um cirurgião-dentista e alusivo, entre outras coisas, a um estado mórbido, às condições de sanidade oral ou à justificação do afastamento de um paciente do seu trabalho por motivo da doença

Fala o legislador em *estados mórbidos*.

Como é evidente, esses estados estão relacionados com enfermidades que podem atingir os pacientes. Guardam os atestados de morbidade grande responsabilidade para quem os dá. É lógico que o fornecimento dos mesmos deve ser precedido dos necessários exames tendentes a esclarecer as condições de saúde do paciente. Observe-se, igualmente, a necessidade de respeito aos limites da profissão, a fim de que não se venha a tipificar a figura prevista no art. 282 do vigente Código Penal.

Merece referência o fato de dever constar expressamente ou não do atestado a enfermidade de que é o paciente portador, em face do segredo profissional, que constitui, a um só tempo, *dever* imposto pela ética, *obrigação de caráter legal* (no caso, por exemplo, de ter o profissional de proceder à notificação compulsória de uma doença) e *direito*, dado que, afora as hipóteses legais, é o profissional o árbitro de sua conduta, no que diz respeito à revelação ou não do segredo, não havendo nada, nem ninguém, que possa obrigá-lo a revelar aquilo de que tomou conhecimento no legítimo exercício de sua profissão. No tocante a este assunto, é mister ter presente o contido nos arts. 154 e 144, respectivamente, dos Códigos Penal e Civil e, bem assim, nas normas adjetivas alusivas à matéria.

Afigura-se, assim, impertinente a exigência feita por certas entidades, no sentido de constar do atestado a declaração expressa do estado mórbido.

O certo é que, a especificação desta ou daquela doença, além de poder constituir quebra do sigilo, não representa, por si só, garantia eficaz da veracidade do atestado que, como bem acentua Tanner de Abreu,

"vale pelo nome que o subscreve, pelo valor moral de quem o assina".

Acrescenta, ainda, o mesmo mestre que:

> "O médico, ou o profissional dentista que se presta a firmar um atestado falso não terá dificuldade nem grande escrúpulo em fantasiar um diagnóstico".

O texto legal alude, em seguida, a *e outros*, expressão que se apresenta vaga, sem delimitação.

Ao estado mórbido contrapõe-se o de sanidade.

A forma pluralizada da expressão poderia conduzir ao raciocínio de que era facultado ao cirurgião-dentista a atestação do óbito, o que inocorre, posto que tal procedimento é da competência exclusiva do médico.

Força é referir que a lei, curiosamente, autoriza ao cirurgião-dentista, quando no exercício da função de perito-odontólogo, em casos de necropsia,

> "utilizar as vias de acesso do pescoço e da cabeça" (art. 6º, item IX, da Lei nº 5081, de 24.08.66).

Não deixa de ser paradoxal o fato de permitir a Lei que faça necropsia quem não tem condições legais para atestar o óbito. A discussão da matéria, neste sentido, foge, todavia, ao âmbito do presente trabalho.

Efetivamente, na expressão *e outros* devem estar contidos os atestados que dizem das condições de sanidade oral, da necessidade de determinados tipos de tratamentos, como protéticos, ortodônticos, ortopédicos ou clínicos de um modo geral, que afirmem estar determinada pessoa sob os cuidados profissionais ou se refiram a motivos que impeçam ou venham a impedir o paciente de desempenhar suas obrigações etc.. É óbvio, que o caso específico é que ditará o conteúdo do documento, o qual deverá corresponder à realidade.

Conforme já foi referido, a Lei nº 5081, de 24 de agosto de 1966, sofreu alteração através da Lei nº 6215, de 30.06.75, que, ao já mencionado item III, do art. 6º, acrescentou:

> "inclusive para justificar faltas ao emprego".

Salvo melhor juízo, quer me parecer que, diante do contido na primeira das citadas leis e considerando o reconhecimento da validade do atestado firmado pelo cirurgião-dentista, desde o advento da Lei nº 1314, de 17.01.51, era desnecessário o surgimento de nova disposição legal para regular matéria já implicitamente disciplinada.

É de se admitir que tal providência tenha sido tomada em virtude do desconhecimento por parte de muitos da competência do ci-

rurgião-dentista para atestar, fato que poderá ter motivado recusa de documento firmado pelo aludido profissional.

Há, ainda, que referir, por ser de interesse para o desdobramento da matéria, que é possível a distinção de três tipos de atestados médicos, o mesmo podendo ser dito em relação aos odontológicos, quais sejam: oficiosos, administrativos e judiciários.

Os oficiosos são os solicitados pelos próprios interessados, normalmente para justificativa de faltas aos seus misteres; os administrativos são os exigidos por determinadas repartições, como os atestados de óbito, os de vacinação e os fornecidos por juntas médicas para fins de licenças ou de aposentadorias (no mais das vezes, o atestado administrativo tem um caráter de documento público, porque firmado por profissional investido de função pública) e, finalmente, os judiciários representados por aqueles solicitados por autoridades judiciárias e que servirão para fazer prova de um fato no mundo jurídico, como por exemplo, do motivo do não comparecimento de alguém a um ato de Justiça, como a uma sessão do Júri ou a uma obrigação eleitoral.

Observe-se que, sendo o atestado fornecido por um profissional, na condição de funcionário público, haverá não só o comprometimento pessoal do mesmo, mas também o da própria administração pública.

III — CONSIDERAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO ASSUNTO

O Código Penal vigente (Dec.-Lei nº 2848, de 07.12.40), no Título X — Dos Crimes contra a fé pública —, no Capítulo III — Da falsidade documental —, inclui o tipo cognominado — falsidade de atestado médico —, assim normatizando:

> "Art. 302 — Dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso: Pena-detenção de um mês a um ano.
>
> Parágrafo único — Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa, de cinquenta centavos a três cruzeiros novos."

Por seu turno, o Código Penal de 1969 (Dec.-Lei nº 1004, de 21.10.69), de vigência já por vezes adiada, cuida do assunto em igual Título e Capítulo, com a redação que se segue:

> "Art. 339 — Dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso:
>
> Pena — detenção, até um ano, ou multa de cinco a quinze-dias multa."

Na reforma imposta ao último dos mencionados dispositivos, pela Lei nº 6016, de 31.12.73, foi efetuada mudança na numeração do artigo e em seu texto que, melhorado, ficou assim redigido:

> "Art. 335 — Dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso:
>
> Pena — detenção, até um ano, ou pagamento de cinco a quinze-dias multa."

Inexplicavelmente, foi suprimida a agravante prevista no parágrafo único do art. 302 do Código Penal vigente e que diz respeito à consecução de delito com o fim de ser obtido lucro.

O delito em estudo destacou-se da falsidade ideológica. Trata-se de crime próprio, posto que o sujeito ativo do mesmo só pode ser médico que se encontre no exercício da profissão.

Necessário se faz para a caracterização que o agente seja um profissional legalmente habilitado, fato que se traduz pela necessidade de ser o mesmo possuidor de título idôneo obtido em escola ou faculdade oficial ou reconhecida e devidamente registrado e anotado nas entidades competentes, de acordo com as normas constitucionais e administrativas, e que esteja desempenhando o seu mister dentro dos limites do seu âmbito profissional, dado que o desrespeito a essas normas tipificaria a ação capitulada no art. 282 da Lei substantiva penal.

Em assim sendo, não pode o médico atestar fato relacionado com doença cujo diagnóstico e tratamento sejam da alçada do cirurgião-dentista. Em casos que tais, deixaria o atestado de ter validade necessária, vez que, em primeiro lugar estaria caracterizado o exercício ilegal da Odontologia por parte do médico e, em segundo lugar, ter-se-ia de perquirir da competência técnico-científica do atestante para diagnosticar corretamente questões de natureza eminentemente odontológica.

A ação típica no delito em referência consistirá em dar atestado onde conste, por escrito, o que não é verídico ou negado o que o é. Note-se que, materialmente o documento deve ser autêntico.

Consuma-se o crime no instante em que o documento é entregue ao interessado, diretamente ou não, sendo irrelevante o destino que se lhe possa dar. A tentativa é admissível, certamente.

Não há negar, como, aliás, referem os tratadistas, que o falso deve estar relacionado com o fato médico e não com o juízo ou a convicção do profissional.

Como o atestado representa um documento de cunho científico, é evidente que é o fato desta natureza que deve ser real. Se nada in-

duz à exclusão da verdade científica, não é possível arguir a falsidade documental. O eminente mestre Magalhães Noronha bem se manifesta sobre este assunto.

A infração em tela está situada entre as que ofendem a fé pública. Ressalte-se que, no caso de falsidade de atestados médicos, a fé pública é mais duramente atingida, porquanto sendo tais documentos devidos a pessoas de elevado nível cultural e que tem a seu encargo um bem de grande valia, qual seja, a saúde, inspiram um maior grau de credibilidade. Tal circunstância fica agravada pela maior dificuldade de controle da atuação dos médicos, como Heleno Cláudio Fragoso observa, oportunamente.

Primariamente é o Estado o sujeito passivo do delito, situando-se em segundo plano aquele em prejuízo de quem houver sido a falsidade praticada.

Não encontra justificativa a conotação dada por alguns tratadistas concernente a ser o atestado falso uma questão de pequena importância, vez que, segundo eles, os médicos os fornecem mais como um ato de benignidade do que como crime. É inaceitável que um profissional, que deve ser dotado de responsabilidade, considere correto emprestar seu nome para um ato que não se pode considerar como simples, dadas as possíveis repercussões prejudiciais a terceiros.

Um exemplo do referido pode ser dado no caso de fornecimento de atestado falso para justificação de faltas. Dito *benefício* concedido a um empregado relapso poderia vir em detrimento de um outro, responsável, que, tendo necessidade de faltar ao serviço, por particular motivo, não se foi valer de meio inidôneo para justificar a sua falta.

Na verdade, em poucas, ou quase nenhuma ocasião, o atestado falso deixará de, beneficiando a um indivíduo, trazer resultados negativos para outrem, para a administração e, mais corretamente, para o Estado.

Merece referido que o atestado médico falso poderá, igualmente, redundar em prejuízo para a saúde, como no caso de fornecimento falso de atestado de vacinação.

Sobre a questão, uma série enorme de hipóteses poderiam ser aventadas, todavia, perece-me desnecessário, ante a clareza do assunto.

Por estas razões, cuido que deveria haver, por parte dos profissionais da área de saúde, maior zelo pelos seus próprios nomes e, por via de consequência, rigoroso cuidado a fornecimento de atestados, devendo ser prescritos os complascentes, graciosos ou de favor, que atentam contra os mais elementares princípios éticos que devem nortear os verdadeiros profissionais.

Ao mesmo tempo, maior deveria ser a ação dos agentes da lei neste terreno, como de resto em todos os problemas ligados à saúde, que é um bem valoroso, não de interesse apenas individual, mas da sociedade e do Estado.

A falta de atuação da lei penal (e mesmo da administrativa, algumas vezes) sobre os profissionais faltosos estimula o surgimento, cada vez mais acentuado, de condutas menos criteriosas e que trazem os mais variados prejuízos. Além disso, pode gerar desestímulo nos responsáveis.

Não há negar que, o fato do tipo previsto no artigo 302 ser punido apenas a título de dolo que, sendo genérico, deve consistir na vontade consciente dirigida à falsa atestação, torna difícil a sua aplicação.

O parágrafo único do mencionado artigo disciplina conduta ilícita onde é exigido o dolo específico.

Em a sua obra Falsidade Documental, Sylvio do Amaral alude que o delito deveria ser punido também a título de culpa. Isto, aliás, conforme refere Heleno Cláudio Fragoso, ocorre na lei penal suiça. Não resta dúvida, que tal forma é mais acertada.

De fato, a infração pode decorrer da imprudência, negligência ou imperícia. Dessa forma, deveriam ser estabelecidas penas adequadas para a modalidade culposa.

Observe-se, por outro lado, que a agravante contida no parágrafo único do art. 302 do vigente Código Penal é de absoluta validade e, por isso mesmo, não deveria ter sido suprimida quando da reforma do mesmo diploma.

Considerando a excelsa importância das atividades profissionais relacionadas com a saúde, não é de se permitir mercantilizações.

No estágio atual da civilização, não se deveria cogitar sequer da existência de maus profissionais, todavia, infelizmente, tal não ocorre, bastando, para assim se concluir, verificar a incidência de casos que denotam a irresponsabilidade de alguns, com consequências funestas para os pacientes e seus familiares. Tais situações agravam-se, é bem de ver, quando há vinculações pecuniárias.

O fornecimento de um atestado médico falso com vistas à obtenção de um lucro deveria não só agravar a pena com o acréscimo da multa, mas trazer consequências mais graves para aqueles que se mostrarem capazes de, enodoando a si próprios e a classe a que pertencem, trocar a dignidade e o valor da Ciência por um lucro qualquer. Condutas desta ordem deveriam ensejar a perda do direito de ostentar o nome nobre de médico, que deve ser sinônimo de sacerdócio, lealdade, abnegação. O mesmo deve ser dito com referência aos cirurgiões-dentistas.

IV — INCLUSÃO DO ATESTADO ODONTOLÓGICO FALSO EM DISPOSITIVO PENAL PRÓPRIO

Feitas as considerações anteriores, reconhecida a validade do tipo penal — falsidade de atestado médico — em dispositivo destacado dos outros tipos que integram o capítulo referente à falsidade documental, resta justificar a pretensão de ver incluída a figura do cirurgião-dentista, na qualidade de sujeito ativo do delito, na já por vezes citada norma penal punitiva.

Na área da saúde compete ao médico e ao cirurgião-dentista exercer as suas atividades profissionais atuando diretamente em seus pacientes, buscando restituir-lhes a saúde ou agindo de modo a prevenir-lhes as doenças, o que vem representar a ação curativa ou preventiva desses profissionais.

Em face das mencionadas atuações, tem médicos e dentistas oportunidades diversas e mesmo necessidade de atestar as condições de saúde de seus pacientes e, muitas vezes, a fim de possibilitar o restabelecimento da saúde, tem de determinar o afastamento dos mesmos de seus afazeres por certo período. Dessa sorte, compete a eles, dentro da sistemática legal, fornecerem atestados, respeitados, como é lógico, seus âmbitos profissionais.

Dado o reconhecimento do valor da saúde oral e da especialização do dentista e o seu cada vez mais crescente desempenho no tratamento de enfermidades que, situadas no território da buco-face, podem trazer repercussões orgânicas de caráter geral, e levando em conta que cabe a este profissional verificar as condições de sanidade e de morbidade dos seus pacientes, foi que o legislador consagrou a ele o direito de *atestar, no setor de sua atividade profissional, estados mórbidos e outros, inclusive para justificação de faltas no emprego*.

É fora de dúvida, que tal direito outorgado ao cirurgião-dentista lhe impõe, em contrapartida, o dever moral e legal de atestar corretamente. E, se ele assim não proceder? Em qual dispositivo legal deverá ser enquadrada a censurável conduta?

Lugar não há para a aplicação sistemática do artigo 301, *caput*, da norma substantiva penal, vez que nem sempre o dentista fornecerá o atestado em *razão de função pública* e, nem tão pouco, o fará *para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem*.

Aliás, vale referir que tem sido entendido pela jurisprudência pátria que a expressão "qualquer outra vantagem" contida no art. 301, *caput*, e em o seu § 1º, não deve ser interpretada de forma ampla, mas sim restritivamente, ou seja a "outra vantagem" também deve ser de caráter público (Rev. Forense nº 224, pág. 288).

Da apenação em outros artigos do mesmo capítulo, como nos de números 297, 298 ou 299, não há cogitar, dada a disparidade de tratamento que se estabeleceria para condutas assemelhadas de médicos e dentistas.

O fato é que, levando em conta tais fatores e considerando o inegável progresso da ciência odontológica e o nível cultural dos cirurgiões-dentistas e a semelhança de sua atuação com a do médico, não é de se admitir que, na reformulação recente da lei substantiva penal, não haja sido o profissional em referência considerado como possível agente do crime de falsidade de atestado previsto no art. 302 do vigente Código Penal.

Em abono do ponto de vista esposado no presente trabalho, pode ser, de logo, mencionado que outras Nações incluem na categoria de possíveis sujeitos ativos do delito o médico, o dentista, o veterinário e a parteira, ou, de uma forma mais genérica, todos que exercem profissão sanitária. Tal é o caso da legislação penal francesa, conforme o mestre Heleno Cláudio Fragoso faz alusão. O referido tratadista observa que o art. 481 do Código Italiano contem uma forma mais ampla, posto que se refere a "chiunque, nell-'esercizio d'una professione sanitaria o forense, o d'un altro servizio di pubblica necessitá".

Destaque-se, também, que os verdadeiros profissionais, aqueles que fazem a sua profissão com amor, valoram o seu trabalho e são cônscios de sua responsabilidade moral e legal, longe de se atemorizarem com o fantasma da pena, verão, se for o caso, na medida legal, o reconhecimento do valor da profissão abraçada, com a conquista da posição de igualdade, em termos penais, com a Medicina, fato já ocorrido no âmbito administrativo, ao que concerne ao direito de atestar.

Além do que foi observado, haverá a possibilidade de vir a força da Justiça a atuar sobre aqueles que, afastados dos valores morais, tenham praticado a ilicitude.

Ressalte-se, por oportuno, que não merece acatamento a argumentação de que o artigo de lei de que se vem até aqui tratando, constitue letra morta, ante a sua inaplicação. Verdade é que ele integra o sistema legal punitivo, sendo imprescindível pelo resguardo da fé pública e pelo valor intimidativo que encerra.

V — CONCLUSÕES

Ante o que foi expendido, podem ser oferecidas as seguintes conclusões:

1a. — O tipo penal denominado *falsidade de atestado médico* deve ser alterado, de modo a ser nele incluído, como sujeito ativo,

o cirurgião-dentista, modificando-se, por via de consequência, o *nomem juris;*

2a. — Não se justificando a exclusão da agravante prevista no parágrafo único do art. 302 do vigente Código Penal Brasileiro, como foi feito no recente diploma penal punitivo, deve ser a mesma restabelecida;

3a. — A atestação falsa, empreendida por médico ou cirurgião-dentista, deve ser punida também a título de culpa.

Dessa sorte, fica neste trabalho a sugestão para a reforma da lei penal brasileira, no tocante ao crime de falsidade de atestado médico.

BIBLIOGRAFIA

1 — ABREU, Henrique Tanner de — Medicina Legal Aplicada à Arte Dentária, 3. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1936, p. 45/49.

2 — AMARAL, Sylvio do — Falsidade Documental (Prêmio COSTA e SILVA de Direito Penal), São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1958, p. 131/135.

3 — CALÓN, M. Cuello — Derecho Penal, 10 ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1357, p. 265/266.

4 — DRUMMOND, J. de Magalhães — Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, Ed. Rev. Forense, 1944, Vol. IX, p. 240/242.

5 — FARIA, A. Bento de — Código Penal Brasileiro (Comentado), 2. ed., Rio de Janeiro, Record, 1959, Vol. VII, p. 62/63.

6 — FÁVERO, Flamínio — Medicina Legal, 6. ed., São Paulo, Martins, 1058, Vol. 1°, p. 42/43.

7 — FRAGOSO, Heleno Cláudio — Lições de Direito Penal, 2. ed., São Paulo, José Bushatsky, Editor, 1965; 4° Vol., p. 1028/1032.

8 — GOMES, Hélio — Medicina Legal, 5. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, Vol. I, p. 76/78.

9 — LISZT, Franz Von — Tratado de Direito Penal Alemão — Trad. de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia., 1899, Tomo II, p. 415/416.

10 — LUNA, Everardo da Cunha — Os crimes contra a fé pública e o Código Penal de 1969 — Justitia, São Paulo 84 (74), 242:272.

11 — NORONHA, E. Magalhães — Direito Penal, 3. ed., S. Paulo, Saraiva, 1968, 4° Vol., p. 228/231.

12 — SIQUEIRA, Galdino — Tratado de Direito Penal, Parte Especial, Rio de Janeiro, José Konfino, 1947, Tomo IV, p. 593.

13 — SOLER, Sebastian — Derecho Penal Argentino, Buenos Aires Tipografica Editora Argentina, 1951, Tomo V, p. 396/399.

14 — REVISTA FORENSE nº 224 (68), p. 288.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

Decreto-Lei nº 2848, de 07.12.1940
Decreto-Lei nº 1004, de 21.10.1969
Lei nº 6016, de 31.12.1973

Lei nº 1314, de 17.01.1951
Lei nº 5081, de 24.06.1966
Lei nº 6215, de 30.06.1975

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

MARGINALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE
O MENOR INFRATOR

Manoel Cypriano de Moraes
Curador de Menores — Pelotas-RS

1. — INTRODUÇÃO

O ser humano, na sua essência, não é intrinsicamente bom ou mau. Ele, como afirmou o filósofo, vive e convive. A princípio apenas recebe, depois, participa, é influenciado e influencia.

A partir do nascimento o homem cresce fisicamente e passa a ter percepção das realidades do mundo exterior e também mentaliza suas vivências.

Fisicamente, como todo ser vivo, necessita ingerir substâncias que, assimiladas por seu organismo, possibilitarão um crescimento hígido. Caso assim não ocorra sofrerá, como o animal ou a planta, um atrofiamento. Refira-se, por exemplo, a desnutrição nos primeiros anos de infância, geradora da atrofia das células cerebrais, que não se regeneram porque tecido nervoso, e o consequente comprometimento, irreversível, de parcela da capacidade cerebral.

Espiritualmente, na formação de seu caráter, necessita também o homem ser orientado e receber influências que lhe façam sentir a necessidade da observância de certos e determinados padrões normativos da vida em sociedade.

O produto deste aprendizado gerará a consciência individual, necessariamente ínsita nos limites da consciência social.

A noção de tais parâmetros ensejará a percepção do que é bem ou mal e, dotado o homem de livre arbítrio, será ele bom ou mau em termos de conduta ético-social.

Em outro aspecto, já se disse que o homem é, fundamentalmente, um produto do meio. A assertiva é válida, mas em termos relativos. No sentido ético-social, a aceitação plena da afirmativa nos levaria a conclusão de que seria bom quem nascesse e sofresse a influência de meio social bom e, consequentemente, mau na hipótese em contrário.

A realidade, entretanto mostra-se outra, ainda que seja impossível se negar a influência do meio na formação da personalidade humana.

A família e as demais instituições sociais são os responsáveis diretos na formação do ser humano, na acepção do chamado ético-social.

Assim, na abordagem do tema marginalização-criminalidade-menor infrator, impõe-se desde logo ressalvar que a marginalização não é, necessariamente, corolário da criminalidade. Nem todo criminoso é ou foi marginal, ainda que a maioria dos marginais volte-se ao crime.

2. — AS LEIS E SEU SUPORTE DE APLICAÇÃO

O Código Penal Brasileiro, no seu artigo 23, estatui:

> "Os menores de 18 anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas em Legislação especial".

Verifica-se assim que a repressão ao delito no Brasil, em termos penais, possui uma determinante biológica, a idade superior a 18 anos, entre outras, exigíveis para que se aplique uma pena em face do crime.

Na acepção legal o menor não pratica crime e sim fato definido como crime, consequência lógica da irresponsabilidade perante a lei penal e, em outro aspecto, está a salvo de sua aplicação.

A decorrência natural do fato é a inadequação do nosso sistema penitenciário, pela própria natureza, como suporte de aplicação da legislação sobre menores. Tal sistema penitenciário existe apenas em função do criminoso maior de 18 anos e até hoje mostra-se divorciado das mais avançadas técnicas do moderno penitenciarismo. A lei admite que a razão e o fundamento da pena seja a recuperação do homem, mas, na realidade, vige um caráter punitivo, expiatório, trazendo ao presente o binômio crime-castigo, das épocas medievas.

A simples constatação desta realidade, inarredável a curto prazo, torna dito sistema penitenciário inservível ao atendendimento do menor infrator, penalmente irresponsável por seus atos, ainda que

definidos como crime na lei substantiva. Excepcionalmente e apenas em casos imperativos, a falta de estabelecimentos adequados e em face de elevada periculosidade do menor, será este levado ao cárcere comum, ainda que em sala especial. Assim, procedeu bem o Legislador penal quando atribuiu a legislação especial o trato com os problemas pertinentes aos menores de 18 anos.

No Brasil vigem: 1º) — O Decreto 5083, de 1/12/1926 (institui o Código de Menores). 2º) — O Decreto 17.943-A, de 12/10/1927 (consolida as leis de assistência e proteção a menores). 3º) — O Decreto-lei 6026, de 24/11/43, alterado pela Lei 5258, de 10/4/1967 (dispõe sobre medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais e dá outras providências), além de outras normas legais que disciplinam o trabalho do menor.

Os precedentes de tal legislação remontam ao artigo 3º da Lei Federal 4242, de 1921, a qual, fixando a despesa geral da República, autorizou o governo a *organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada a delinquente*, firmando-se assim bases que se concretizasse tal atividade. (Código de Menores, nota preliminar, Fernando Mendes Almeida, Ed. Saraiva, 1955).

Evidentemente não cabe no âmbito deste trabalho um juízo crítico da legislação brasileira sobre o menor infrator. Seria uma superfluidade, considerando-se a circunstância de que ela é, nos casos mais graves, totalmente inaplicável por inexistência quase absoluta, no território nacional, de estabelecimentos adequados a menores infratores.

No Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, existe o Instituto Central de Menores que abriga cerca de 100 jovens. Ali há superlotação e o não existir vagas é uma constante. Os internos são dotados de periculosidade reconhecida. Uma alta autoridade estadual, ainda no mês de maio de 1977 afirmou que, dentre os internos do Instituto Central de Menores, seis deles haviam morto doze pessoas e entre estes, um apenas havia morto cinco pessoas. Em Pelotas, no Rio Grande do Sul, acha-se recolhido à Cadeia Civil há três anos, um menor que abateu friamente, a tiros, um motorista de táxi. Após o crime, dirigiu-se ao albergue noturno e ali, descarregou os restantes tiros da arma que portava contra um outro menor adormecido, por dele não gostar. A progenitora do menor recusa-se a recebê-lo no lar, não há vaga para ele no Instituto Central e em qualquer outro lugar. O seu destino, por ora, é aguardar a chegada dos 18 anos.

E os outros menores infratores?

São escorraçados das ruas centrais das cidades, são presos e logo soltos e assim sucessivamente, durante anos. Em Pelotas, RS, há menores que se iniciaram no crime aos 13 anos e ao completarem 18 anos já tinham sido indiciados em mais de 50 inquéritos policiais es-

peciais, todos casos mais ou menos graves. Constata-se então que o Estado gasta o combustível de suas viaturas e desgasta a estas, mobiliza seu efetivo policial, detém os menores, gasta resmas de papel e o tempo precioso dos escrivães policiais, gasta o tempo e o material da Justiça para nada, nos casos em que o internamento do infrator é a única solução.

Gera-se assim no menor um sentimento de revolta e se lhe assegura uma noção de impunidade, decorrência de sua própria condição. Ao chegar aos 18 anos, à primeira prática delituosa, recebe o menor infrator de ontem, sua primeira condenação. Apenas um milagre, evidentemente, é que daria a esta força para regenerar aquele que formou sua personalidade à margem da lei, vivendo no crime e do crime durante os anos de impunidade. Daí decorre seguramente o elevado índice de reincidentes em nossas prisões, cerca de 50% nas principais cidades da zona sul, no Rio Grande do Sul.

3. — A REALIDADE NUMÉRICA

A Câmara dos Deputados, cumprindo o Projeto de Resolução nº 81, de 1976 (Da CPI do Menor) buscou estabelecer a *realidade brasileira do menor*. As conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito foram aprovadas em 9 de abril de 1976, publicadas no Diário Oficial do Congresso Nacional em 10 de junho de 1976.

Distinguiram os parlamentares entre menor *carenciado* e *abandonado*. O primeiro seria "aquele cujos pais ou responsáveis não possuem condições para atender as suas necessidades básicas" e o segundo, "aquele que não tem pais ou responsáveis para o atendimento de suas necessidades básicas".

Os dados preliminares de pesquisas efetuadas pela CPI revelaram a existência de *13.542.508 menores carentes* no Brasil. No que tange aos *menores abandonados o número foi de 1.909.570*.

Ressalte-se que o censo de 1970, em termos etários, mostrou uma população de 49.478.200 com idade entre 0 e 19 anos.

A mesma CPI verificou nos municípios brasileiros, no ano de 1975, a existência de *111 812* delitos praticados por menores, sendo os maiores índices verificados no Sudeste (44,17%) e no Nordeste (37%).

Dito levantamento mostra, segundo a natureza dos delitos, a seguinte estatística:

Furtos: 83%
Homicídios — (consumados ou tentados): 29.02%
Delitos sexuais: 46,16%
Outros: 49,67%

A CPI ressaltou que a taxa de criminalidade vem aumentando nos últimos anos e que, se não forem tomadas urgentes medidas preventivas e de recuperação dos menores infratores, a vida se tornará insuportável para todos nas grandes cidades brasileiras.

Trata-se de uma realidade inarredável a continuar o atual estado de coisas. Aliás dita realidade prescindiria de uma CPI para sua verificação, ela está nas ruas, às portas de nossas casas, dos locais de trabalho e de diversões.

4. — CAUSAS DA MARGINALIZAÇÃO DO MENOR

Inegavelmente, em um mundo em mutação, a complexidade das determinantes que conduzem o menor à marginalização exigiria um exame cuja profundidade seria inatingida neste modesto trabalho.

A título de referência, entretanto, aponta-se as causas alinhadas pela CPI antes referida, a saber:

a) — Migrações internas.
b) — Urbanização.
c) — Crescimento demográfico.
d) — População jovem.
e) — População economicamente ativa.

Tais causas quantificam o problema. Veja-se por exemplo a situação do Distrito Federal que tinha, em 1974, 734 mil habitantes, 80% dos quais migrantes. Entre os que ali se instalaram em 1974, cerca de 96% não possuíam renda e trouxeram com eles cerca de 1.714 menores. Em termos de urbanização verifica-se que cerca de 60% da população do Brasil vive nas cidades e a perspectiva é de que a tendência é uma aceleração na concentração urbana nos próximos anos. Tal realidade torna impossível assegurar emprego aos migrantes que, em decorrência, se marginalizam. É de fácil compreensão também que os demais itens acima referidos contribuam para esta crescente marginalização.

Em enfoque mais direto alinham-se outras causas da marginalização, ainda que vinculadas àquelas já referidas. Assim, a pobreza e a desagregação familiar avultam como as mais importantes. A diminuição da proteção e assistência que os pais possam dar aos filhos é uma outra. Aqui observa-se que esta diminuição decorre da necessidade de que ambos os genitores trabalhem, diminuindo as horas de convívio com os filhos, afrouxando-se os laços familiares e tornando-se nula a sempre salutar fiscalização que os pais devem exercer sobre os filhos.

A questão, como se ressaltou, é de complexidade crescente e envolve razões de ordem sócio-econômicas que não se compatibilizam com a finalidade do presente trabalho.

5 — DECORRÊNCIAS DA MARGINALIZAÇÃO

Inegavelmente uma delas é a criminalidade. O menor marginalizado é presa fácil ao adulto que o explora e busca na impunidade assegurada ao menor o meio de obtenção de ilícitas vantagens. Torna-se também o menor presa fácil de outros menores, já altamente corrompidos, que o atraem para o crime, formando-se verdadeiras quadrilhas, algumas expressivamente danosas às comunidades.

A marginalização, para as meninas, induz à prostituição, degrau inicial de uma vida de miséria. Passará a jovem, do comércio com o próprio corpo, ao alcoolismo, ao tóxico e a crimes contra o patrimônio, evoluindo do ilícito simples aos mais qualificados.

Os efeitos mais brandos da marginalização seriam a desnutrição, o analfabetismo, a ausência absoluta de cuidados sanitários, de assistência médica e odontológica, em suma, uma carência angustiante a antecipar uma vida adulta sem perspectivas.

6. — A ASSISTÊNCIA AOS MENORES

A assistência aos menores carenciados e abandonados, a nível federal, compete à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), sendo a competência e objetivos da fundação delimitados na Lei 4.513/64.

As áeas de atribuição cingem-se ao desdobramento de funções normativas, de coordenação, assessoria e cooperação financeira.

No âmbito estadual a ação assistencial é descentralizada e se opera em Fundações Estaduais e em entidades privadas.

Inexiste uma sistemática operacional e se nota uma pulverização de recursos.

Na área municipal apenas 24,84% dos municípios brasileiros dispõem de verbas orçamentárias específicas para assistência ao menor e de outro lado, apenas 11,82% recebem ajuda de órgãos federais e estaduais para o setor.

Existem no território nacional cerca de 2.430 órgãos para atender ao problema do menor. Vale ressaltar que tais dados são fruto dos trabalhos da CPI antes referida.

No Rio Grande do Sul instituí-se o ano de 1976 como o ANO DO MENOR. A FEBEM (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor) traçou e executa ambicioso plano assistencial para menores carenciados e abandonados.

É verdade entretanto que uma iniciativa originária da cidade de Pelotas, RS, para implantação de um Centro de Recuperação de Me-

nores Infratores revelou que não estava limitada a área de competência de nenhum órgão estadual para o trato do problema. A FEBEM não possui pessoal gabaritado para trato com menor infrator e não possui estabelecimentos com preocupações de segurança. A SUSEP (Superintendência dos Serviços Penitenciários), vinculada à Secretaria da Justiça, tem um corpo de pessoal adequado ao trato com os problemas do penitenciarismo, mas não o possui para enfrentar o problema do menor infrator. Este se situa numa faixa que se poderia denominar "terra de ninguém". Apenas agora, talvez em face à iniciativa antes referida, se fixem competências e se estruture um corpo de pessoal para atendimento do menor infrator.

7. — A SOLUÇÃO DO PROBLEMA DO MENOR

Considerando o antes exposto evidente se torna que a solução definitiva do problema do Brasil está muito distanciada e não será alcançada, isto é certo, a prazo curto.

Discutem os especialistas a solução a ser aplicada ao menor infrator, criação do abandono e da carência, quase sempre. Afirma-se que o confinamento de ditos menores infratores gera problemas e que não é a solução adequada. A realidade, entretanto, mostra um contingente cada vez maior e mais atuante de delinquentes juvenis. Frios, agressivos, revoltados, insensíveis, a praticar os mais graves crimes e a gerar um sentimento de insegurança nas coletividades, notadamente nos maiores centros.

Assim, quer parecer que, na impossibilidade prática de aplicação de soluções mais ambiciosas, imperativo se torna a adoção de medidas de defesa social contra a ação do menor delinquente.

8. — CONCLUSÕES

1. — O menor infrator constitui um dos grandes problemas das comunidades e sua solução é verdadeiro desafio aos órgãos da administração pública e a própria sociedade.

2. — É imperativo que sejam tomadas todas as medidas possíveis no sentido de sensibilizar ao Governo Federal, dos Estados e dos Municípios e as próprias comunidades sobre a gravidade do tema e urgência da adoção de medidas para enfrentá-lo.

3. — É necessário a elaboração de um plano nacional de recuperação ao menor infrator assegurando-se recursos orçamentários específicos para o caso, isto na órbita federal e canalizando-se tais recursos aos Estados, a quem incumbirá a operacionalização do plano.

4. — Urge sejam criados CENTROS DE RECUPERAÇÃO DO MENOR INFRATOR, na medida das necessidades de cada região do país.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O TIPO E O PRINCÍPIO DA GARANTIA INDIVIDUAL

James Tubenchlak

À memória de ANÍBAL BRUNO

SUMÁRIO: I. Tipo de injusto penal. Elementos. Função de garantia. II. Tipificação dos fatos puníveis. Apreciação crítica. III. Aborto. IV. Rixa. V. Violação de direito autoral. VI. Adultério. VII. Motim de presos. VIII. Conclusões. IX. Propostas aos Congressistas.

I. *Tipo de injusto penal. Elementos. Função de garantia.*

A partir da primeira grande obra de ERNST BELING — "Teoria del delito" (1906) — o estudo do tipo ganhou notável impulso e destaque nos domínios da Ciência do Direito Criminal, onde se assenta pacificamente, nos dias atuais, a máxima NULLA POENA SINE TIPO, corolário natural do princípio da reserva inscrito no art. 1º de nosso Código Penal e na quase totalidade dos diplomas alienígenas.

Na Dogmática Jurídico-Criminal, a teoria do tipo desenvolveu-se de forma paulatina e segura. De início, era o tipo concedido como a exata descrição legal do fato punível, isenta de elementos teleológicos ou valorativos; em outras palavras, a definição do delito gravada em lei por matérias-primas essencialmente objetivas.

Hoje, todavia, o reconhecimento dos elementos subjetivos e normativos é ponto incontroverso, emergindo daí importantes visualizações do tipo de injusto penal: tipo objetivo, tipo subjetivo, tipo descritivo, tipo normativo.

Dentre as múltiplas utilidades do tipo de injusto no sistema penal, avulta a sua função de garantia; reconhece-se aos cidadãos total arbítrio para a prática de quaisquer condutas não conceituadas previamente na lei e ameaçadas com penas e medidas de segurança.

II. *Tipificação dos fatos puníveis. Apreciação crítica.*

Trazem os Códigos Criminais, em sua primeira parte, um conjunto de normas jurídicas de caráter meramente genérico acerca dos crimes e respectivas sanções.

É na parte especial, outrossim, que o legislador concentra os tipos de injusto. Ordens e proibições são ditadas, uma a uma, com o escopo multiforme de defender a coletividade das condutas que se dirijam, de modo mais intenso ou extenso, contra seus valores ético-sociais e bens-interesses jurídicos elementares, capazes de colocar em risco a necessária paz jurídica.

A tarefa legislativa, aqui, assume total dimensão e relevo. Existirá, por acaso, algo mais difícil do que a arte de definir? E, em se tratando da conceituação de ações e omissões a que se cominam as mais severas penalidades, ora suprimindo ora restringindo o bem supremo do homem — a liberdade —, os termos e expressões legais hão de ser, o mais possível, claros, precisos, indúbios, a fim de possibilitarem perfeita compreensão popular sobre o que a norma penal está a ordenar ou proibir. Tal se consubstancia em exigência imperiosa do Direito Criminal, mormente em face do justo repúdio desta ciência ao emprego da analogia, com as exceções conhecidas da analogia *in bonam partem* e da analogia *intra legem*.

Ao exame dos tipos de injusto relacionados no Código Penal vigente, denota-se com alegria o extremo zelo do legislador quanto ao uso de nomenclatura simples e adequada, a iniciar pela conceituação do homicídio: "Matar alguém". Diga-se o mesmo no concernente aos delitos de lesão corporal, omissão de socorro, furto, roubo, extorsão, estelionato, receptação, atentado contra a liberdade de trabalho, estupro, sedução, bigamia, peculato, corrupção ativa, corrupção passiva e tantos outros.

Excessos de cuidado, até, percebem-se em vários momentos, *verbi gratia*, na definição de "casa" (art. 150, §§ 4º e 5º) e "funcionário público" (art. 327).

Desgraçadamente, no afã de tipificar alguns poucos fatos puníveis, olvidou-se o poder legisferante das regras basilares desse mister, ao caminhar por atalhos tentadores mas perigosos, que não conduzem ao limite mínimo do exigível para o planejamento dos tipos de injusto, traduzindo, pelo contrário, desprezo e contraposição ao seu próprio sentido conceitual.

Assim é que, com referência aos crimes de *aborto, rixa, violação de direito autoral, adultério* e *motim de presos*, testifica-se a assertiva supra lançada, o que, a seguir, procuraremos demonstrar, analisando em rápidas pinceladas cada uma dessas infrações penais.

III. *Aborto* (arts. 124 *usque* 128 CP).

A ilicitude penal do aborto ou abortamento sempre foi alvo de maciça contestação, desde o alvorecer da história até o momento presente, e sob os mais diversos fundamentos.

Conforme PLATÃO, a mulher de mais de quarenta anos era livre para abortar. Segundo ARISTÓTELES, mister se fazia que o feto ainda não tivesse adquirido alma. Já SANTO AGOSTINHO fixava os prazos de quarenta e oitenta dias de gravidez para a efetivação do aborto, conquanto se tratasse, respectivamente, de feto do sexo masculino ou feminino, dizendo respeito tais prazos à incorporação da alma ao feto. Saliente-se, contudo, em primeiro plano, a opinião de inúmeros doutrinadores, no sentido de que o produto da concepção — ovo, embrião ou feto — é parte das entranhas da mulher, que possui, por conseguinte, o direito de plena disposição sobre ele.

Paralelamente, não se pode ter como pacífica a definição jurídica do aborto. Entendem alguns não se constituir em delito contra a vida, consoante dispõe nossa lei penal, sob a escusa de que o feto não tem personalidade civil. Outros, como já se disse, o legitimam em razão de determinados limites de idade do feto e da mulher. Há, também, os que toleram o aborto eugênico. Quanto à gravidez molar e à gravidez extra-uterina, médicos e juristas não as consideram verdadeiras formas de gravidez, dada a sua anormalidade. Penalistas do porte de MAGGIORE, CARMIGNANI, TARDIEU e CARRARA incluem a expulsão do feto do ventre materno em seu conceito. E nós indagaríamos, afinal: é necessário que o feto seja destruído, ou basta a simples interrupção da prenhez para que se tenha o crime de aborto por consumado?

Diante de tantas dúvidas, impunha-se que o legislador tipificasse exemplarmente o aborto, de molde a neutralizar tais divergências doutrinárias. Mas, o que fez ele? Deu a conhecer, tão somente, sua intenção de considerar crime o fato de "provocar aborto".

Ora, se em delitos como o furto e a bigamia, cujo entendimento popular prescinde de consulta aos arts. 155 e 235 CP, não se omitiu o legislador de forjar os respectivos tipos de injusto, incompreende-se que o mesmo não ocorresse, *a fortiori ratione*, em atenção ao aborto.

Os arts. 124, 125 e 126 CP não contêm tipos básicos de injusto. A locução "aborto" não constitui mero elemento normativo do ti-

po, mas sim, obviamente, a própria designação do delito, que não chegou, *data venia*, a ser tipificado.

Se assim não fosse, teríamos de concluir que o Código Penal é deveras pródigo no uso de palavras inúteis, por exemplo, nos arts. 138, 139 e 140, quando, após referir-se ao *nomen juris* dos delitos — "Caluniar alguém, ..."; "Difamar alguém, ..."; "Injuriar alguém, ...", imediatamente os conceitua: "..... imputando-lhe falsamente fato definido como crime"; "..... imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação"; "..... ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro".

O descaso do legislador, nesse tocante, enseja mesmo a ilação de que teria ele permanecido na incerteza sobre a ilicitude penal do aborto, não sabendo, pois, de que modo defini-lo. Por outro ângulo, o paternalismo do poder público diante do crime em tela, cuja ocorrência se alastra vertiginosamente em nosso país, talvez não passe de uma decorrência do trato legislativo vago e defeituoso de que foi alvo.

IV. *Rixa* (art. 137 CP)

Dos crimes novos inseridos no Código Penal atual, um dos mais controvertíveis é, sem dúvida, a rixa, mercê exclusivamente da maneira como foi abordada pela legislação: "Participar de rixa, salvo para separar os contendores".

Investigando-se os elementos constitutivos do delito em exame, surge de imediato uma *vexata quaestio*, no que respeita ao número mínimo de participantes, visto tratar-se de infração plurissubjetiva. CARRARA, MANZINI, PANNAIN e VANNINI, entre outros, afirmam a necessidade de pelo menos duas pessoas. HÄFTER, LISZT-SCHMIDT, e a maioria dos juristas nacionais prevêm o concurso necessário de três ou mais agentes; briga de apenas dois indivíduos entende-se por vias de fato ou lesões, conforme o caso. Interessante notar que o legislador, ao insculpir o crime de bando ou quadrilha, fixou o número mínimo de quatro pessoas (cf. art. 288 CP), não se sabendo porque não agiu da mesma forma em relação à rixa.

Por outro lado, a famosa Conferência dos Desembargadores, realizada em 1943, decidiu pela inexistência de rixa formada *ex proposito*. No mesmo passo, aliás, caminhou JOSÉ CAMPOS, e ainda o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "RIXA — Conflito de diversas pessoas, precedido de provocação — Falta de subitaneidade — Crime não configurado" (cf. Rev. Trib., nº 168/117). No entanto, os ilustres penalistas NELSON HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA admitem tranqüilamente a rixa premeditada.

Diga-se mais, o sentido vulgar do termo "rixa" é completamente diverso da acepção jurídica; "É antiga a rixa entre as duas famílias", assim exemplifica o "Novo Dicionário Aurélio".

Adicione-se a tudo isso a divergência sobre a conduta a ser empreendida pelos rixosos. Qualquer violência física, dizem uns; socos, pontapés, empurrões, tiros ou pedradas, dês que recíprocos, não sendo preciso o contato físico. Para outros, entretanto, somente a luta corpo a corpo assinala o delito de rixa (cf. PANNAIN, *apud* BENTO DE FARIA, "Código Penal Brasileiro", 1943, vol. III, pág. 187).

Malgrado tantos desacordos doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao conceito da rixa, a nenhum deles foi dada a devida solução pelo Código Penal, que novamente se furtou a construir um verdadeiro tipo de injusto.

V. *Violação de direito autoral* (art. 184 CP).

Estamos, agora, diante de um delito cuja abordagem é realizada através de uma norma penal em branco. Aquele que "violar direito de autor de obra literária, científica ou artística", sujeitar-se-á a uma sanção alternativa de detenção ou multa, devendo-se buscar o conceito de direito autoral na legislação civil.

Mas, no que pertine à definição do ato de "violar", ou seja, do próprio substrato do crime em questão, o Código Penal nada nos informa, ao invés do que acontece nas demais oportunidades em que utiliza terminologia idêntica: crimes contra a inviolabilidade do domicílio, de correspondência, e dos segredos (arts. 150 a 154); violação de privilégio de invenção, de marca, e concorrência desleal (arts. 187, 192 e 196, § 1º, XI e XII — cf. Códigos de Propriedade Industrial de 1945 e 1967); violação de sigilo funcional, e de proposta de concorrência (arts. 325 e 326).

Lexicamente, "violação" é sinônimo de "infração", compreendendo um número ilimitado de condutas. Quem mata alguém, viola o direito à vida; aquele que furta, viola o direito patrimonial alheio, e assim por diante.

Com referência aos direitos autorais, pode-se conceber os atos de revelar, divulgar, publicar, devassar, explorar, abusar, impedir, apossar-se, plagiar, adulterar, reproduzir, modificar, contrafazer, exceder etc.

Em qual ou quais desses significados terá pretendido o legislador sancionar a violação de direito autoral?

Concordamos que a legislação civil, ao nominar os direitos autorais, informa-nos *a contrario sensu* quais as violações a esses direitos. Todavia, nunca se deve esquecer que uma infração civil não é, necessariamente, uma infração penal, visto que o Direito Criminal se eleva no seu *status* de ciência pertencente ao Direito Público, normativa e autônoma, sendo defeso inferir aprioristicamente que as violações de direito autoral, na esfera penal, sejam por inteiro as preconizadas no âmbito civil.

Por assim ser, reconheça-se que o legislador, aqui também, se eximiu do encargo inalienável de tipificar, ensejando, com sua inércia, o enfraquecimento da garantia individual frente ao pseudo-tipo cunhado no art. 184 CP.

VI. *Adultério* (art. 240 CP).

Contam-se nos dedos os países cujas legislações criminais punem o adultério. Sua ilicitude penal, forçoso convir, não é perfilhada majoritariamente em nossa coletividade, o que não obstou o Código Penal de sancionar a conduta cifrada em "cometer adultério", estendendo a punição ao "co-réu".

No campo doutrinário, múltiplas correntes se propõem a lecionar o conceito do adultério. CARRARA o identifica na prática da conjunção carnal seguida de *seminatio in vas;* para HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, é suficiente a cópula nomal, mesmo sem orgasmo; HUNGRIA e NORONHA contentam-se com atos libidinosos inequívocos, isto é, tendentes à satisfação da concupiscência; MAGGIORE, por seu turno, abona qualquer ato lascivo.

Muitos, ainda, negam a existência de adultério em relação ao cônjuge varão; outros, mais moderados, julgam imprescindível contatos sexuais com concubina teúda e manteúda. Tal orientação, registre-se, foi adotada pelo Código Penal de 1890 (cf. art. 279, § 1º, inciso 1º).

Entrementes, a lei atual fechou-se em copas, não informando, sequer, se existe ou não adultério por entre relacionamentos homossexuais.

Irretorquível, pois, que o art. 240 CP não configura um tipo de injusto, à míngua das primárias informações sobre o que seja o adultério jurídico-penal.

VII. *Motim de presos* (art. 354 CP).

O art. 311 do Código Penal suíço tipifica exaustivamente o motim de presos. Nossa lei, ao oposto, incorreu em grossa redundância: "Amotinarem-se presos, ...".

Sendo um delito de concurso necessário, quantos presos se deve exigir para a sua configuração? A doutrina majoritária satisfaz-se com apenas dois, o que a nosso ver simboliza, *data venia,* uma absurdez jurídica. Sob tal aspecto, o vocábulo "motim" representa um *plus* em confronto com a "rixa" e o "bando ou quadrilha". Se, para o reconhecimento destes, impõe-se um mínimo de três ou quatro pessoas, respectivamente, entendemos que, em relação àquele, deveria cogitar-se de um mínimo de pelos menos cinco. BINDING e LOGOZ aludem, aliás, a uma turba ou multidão.

O que importa, porém, é que a lei cometeu outra leviandade, a que se vem somar a lacuna consistente na ausência de qualquer esclarecimento lateral do que seja um motim, principalmente se o crime se perfaz com meros atos de violência dirigida contra coisas, ou se é irrenunciável a violência física.

Dito isto, temos por comprovado que outro real tipo de injusto não logrou o legislador, com sucesso, elaborar, o que menos se compreende e justifica, por ser o motim de presos uma infração inédita no Direito Criminal brasileiro.

VIII. *Conclusões*

Com a autoridade que todos os estudiosos do Direito Criminal reverenciam, o admirável penalista ANIBAL BRUNO preleciona que "a lei penal não se limita a dizer, por exemplo, não furtarás, ou, se furtares, se te aplicará tal pena, deixando ao julgamento do juiz definir o que se deve entender por essa expressão demasiadamente vaga de furtar, mas define precisamente pelas suas circunstâncias elementares o fato que se deve entender por furto" ("Direito Penal", 1956, parte geral, tomo 1°, pág. 332).

Em verdade, não compete à doutrina ou à jurisprudência o exercício de conceituar os fatos puníveis, e sim de interpretá-los e dirimir as questões porventura emergentes, diagnosticando, v.g., os elementos normativos.

A lição do saudoso professor inspirou o presente trabalho, onde, sucintamente embora, quisemos emprestar nossa adesão à sólida corrente doutrinária que antevê no tipo de injusto a própria infra-estrutura do Direito Criminal contemporâneo, em sua destinação suprema de assegurar a estabilidade democrática, limitando o Estado em sua função punitiva.

Pode-se afirmar, sem medo, que o Código Penal sobrepuja até mesmo a Constituição Federal, vez que, embora a Carta Magna proclame os direitos e garantias individuais, o faz por intermédio de normas em branco, que não teriam maior eficácia sem as correspondentes ordens e proibições sancionadas na esfera penal.

Que vivam para sempre as palvras do mestre:

"O Direito Penal é um sistema de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis. Toda a sua atuação se faz sob o critério regulador da justiça" (ob. cit., pág. 32).

IX. *Propostas aos Congressistas*

Resta-nos, ante o exposto, encaminhar à douta apreciação dos colegas Congressistas as seguintes proposições:

1ª É através dos tipos de injusto penal que se consolidam os direitos e garantias individuais.

2ª A missão do legislador atinge o ápice quando da tipificação das infrações criminais, sendo-lhe vedado transferir para a doutrina e jurisprudência a responsabilidade de proclamar os seus requisitos elementares.

3ª Não se consideram tipos de injusto meras normas genéricas que não ofereçam um mínimo de circunstâncias conceituais dos respectivos fatos puníveis.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

ACERCA DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Heitor Costa Junior
Promotor de Justiça — Rio de Janeiro

O crime é concebido juridicamente como a prática de uma ação ou omissão típica em contraste com a proibição ou o comando de uma norma jurídica, realizada de forma reprovável (1).

A antijuridicidade (2) apresenta-se como o desvalor da conduta típica cometida em desacordo com a ordem jurídica e o tipo como *ratio cognoscendi* (indício) da antijuridicidade, daí decorrendo que nem todo fato tipificado na lei penal merece o atributo de antijurídico desde que tal conduta se apresente em consonância com os valores protegidos pelo direito.

As causas da justificação (3) excluem, portanto, a ilicitude, permitindo em situações excepcionais a realização da conduta típica.

Visto o tipo como indício da antijuridicidade pode-se afirmar não existir tipos antijurídicos mas realizações antijurídicas do tipo, na hipótese de ausência de causas de justificação, o que não ocorre para os que atribuem ao tipo a função constitutiva da ilicitude — *ratio essendi* — *(MERKEL, FRANK, MEZGER, GALLAS)*. Para eles os tipos permissivos são verdadeiras causas de exclusão da tipicidade (4).

Vale ressaltar que o tipo é a descrição objetiva e material da conduta proibida *(WELZEL)*. Não se pode dizer que a realização de condutas atípicas seja idêntica à realização de condutas típicas justificadas. A tipicidade materialmente persiste, por não ser o tipo conceito isento de valor (5).

Matar um homem em legítima defesa não é juridicamente o mesmo que matar um inseto (6).

Quanto ao tema objeto deste trabalho há que ser colocada a indagação fundamental: basta, para existência de uma causa de justificação, somente a presença de seus pressupostos objetivos ou é também necessário que a ação seja dirigida ao fim justificado com conhecimento do agente?

WELZEL exemplifica: se, por hipótese, dão-se objetivamente os pressupostos do estado de necessidade de um aborto, mas o autor não os conhece ou não persegue o fim de salvação, a conduta estará justificada? (7).

E no caso formulado por *MAURACH:* age em legítima defesa quem mata por vingança um homem sem saber que a vítima já havia apontado a espingarda sobre o autor? (8).

E nas hipóteses trazidas por CURY: "age em estado de necessidade justificante o que furta um medicamento raro e valioso com fins puramente lucrativos se, ao chegar a casa, o subministra a seu cônjuge que nesse intervalo havia contraído uma enfermidade delicada, só suscetível de ser reduzida por esse meio, à qual o delinquente não poderia socorrer em outras circunstâncias, dada a exiguidade de seus recursos?

Ainda do mesmo autor: Age no cumprimento do dever legal o policial que, para vingar-se de seu vizinho, o detém, ignorando que à mesma hora foi expedido pelo Juiz competente uma ordem de prisão contra este indivíduo, cuja execução foi precisamente a ele confiada? Age em legítima defesa o que, com propósito homicida, dispara sobre seu rival, sem advertir que no momento de ser alcançado pela bala este disparava contra terceiro? (9).

A resposta correta, parece-nos, ser a negativa.

A questão tem sido entre nós descurada pois quase toda a doutrina é formada por causalistas (10).

Os adeptos da teoria causal-naturalista sustentam um conceito de ação que remonta a *V. LISZT* (11) e *BELING* (12): a ação seria conduta humana voluntária consistente num fazer ou não fazer que produz um resultado no mundo exterior (13).

Os causalistas, como se sabe, estudam a ação sem levar em conta o conteúdo da vontade, contentando-se apenas com a simples análise de seu impulso. Assim, a tipicidade e a antijuridicidade figuram como atributos da ação. Na culpabilidade se analisará a face subjetiva, apresentando-se o dolo e a culpa como espécies da culpabilidade (14).

É pacífico que no tipo primitivo de *BELING* de 1906 e em sua reformulação de 1930 — *figura delictiva e tipo em sentido estrito* — não

se permitia a colocação de dados subjetivos que eram investigados em sede de culpabilidade (15).

Em consequência, apesar de incorreto, é coerente o posicionamento destes autores frente aos chamados elementos subjetivos de justificação. Com um tipo objetivo ("fotográfico") o juízo sobre a antijuridicidade se fará sobre um acontecimento externo. Para a existência das causas de justificação será necessária apenas a existência dos pressupostos objetivos —. É como, corretamente, observa NIESE: se nos tipos causais se trata de um puro injusto objetivo, a exclusão da antijuridicidade em tais tipos pretendidamente causais teria também necessariamente que ser entendida de acordo com pontos de vista objetivos (16).

Para a teoria finalista, a ação é exercício de atividade final humana. *WELZEL* parte do conceito ontológico de ação, porquanto o Direito não pode ordenar ou proibir meros processos causais.

Já em *ARISTÓTELES* as ações são tidas como meios para um fim (17).

O homem, como ser racional, tem condições de antecipar aproximadamente o sucesso causal de sua ação. A atividade final (que é a dirigida conscientemente a determinado objetivo) é "evidente"; já o acontecer causal "é cego". A finalidade nada mais é do que a vontade de realização que rege o curso causal. Subtraida da ação a finalidade (seu dado mais significativo), como fazem os sequazes da concepção naturalista (18), lhe restará apenas um neutro processo causal.

Como consequência de conceber-se a ação como atividade final humana dirigida a um fim determinado, resultará uma mudança radical na estrutura do delito (19).

O finalismo desejou transladar intacta a realidade ôntica ao tipo, como afirmou *SCHRÖDER* (20). O tipo agora não se limita à descrição de meros processos causais. Sendo assim, a direção da vontade integrará sua face subjetiva (dolo natural e elementos subjetivos do tipo) e não será mais estudado na culpabilidade como tradicionalmente se fazia. Ao tipo objetivo pertencerão a ação, o resultado e o nexo causal. Como ensina *MAURACH* "a parte subjetiva do tipo forma seu componente final e a parte objetiva o seu componente causal, sendo (o componente causal) dominado e dirigido pelo componente final" (21).

Estando o dolo (22) no tipo subjetivo de injusto como dolo natural o potencial conhecimento da antijuridicidade será apreciado na culpabilidade (23), agora puro juízo de valor — teoria normativa pura — tendo como elementos a imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a exigibiildade de conduta adequada à norma, es-

pancada, portanto, de elementos psicológicos, crítica que se formulava à concepção psicológico-normativa de *FRANK*.

Na teoria da antijuridicidade os tipos permissivos exigirão total congruência: conhecimentos dos pressupostos objetivos e conhecimento dos dados subjetivos ou seja, da situação justificante (24).

Daí afirmar *CURY* (25) que a "ação típica justificada é a que do ponto de vista material realiza todos os pressupostos de uma causa de justificação e cuja finalidade se orienta no mesmo sentido da norma. Valemo-nos ainda do finalista chileno: "objeto do juízo da antijuridicidade é para esta teoria a ação final típica formada assim de elementos físicos como psíquicos — objetivos e subjetivos — esta conduta só estará adequada ao direito quando não só sua face objetiva se identifique com a situação descrita pela causa de justificação mas, também, sua finalidade".

Conclui-se assim, que a concepção objetiva da antijuridicidade se choca com os postulados da teoria final da ação (26).

II

Atualmente, a mais autorizada doutrina finalista entende que a simples presença de dados objetivos são insuficientes para justificar condutas. Ausentes os requisitos subjetivos o resultado não se apresentará em contraste com as normas jurídicas, persistindo, no entanto, o desvalor da conduta.

É exatamente o que sustenta *COUSINO MAC IVER* uma vez que a exigência dos elementos subjetivos de justificação é mera consequência da natureza ontológica da ação (27).

Como bem observa *JESCHECK*, se, para uma teoria pessoal do injusto, o injusto da ação depende necessariamente da direção da vontade do autor, em todas as causas de justificação tal vontade deve ser dirigida a um objetivo de valor social porque só assim desaparecerá o desvalor da ação. Também, do ponto de vista da teoria do fim, é evidente a consideração do elemento subjetivo de justificação. De forma diversa, uma teoria do injusto orientada ao resultado conduziria a negar-se totalmente os elementos subjetivos de justificação ou reconhecê-los apenas em casos singulares (28).

O raciocínio de *MAURACH* é idêntico ao de JESCHECK: Se a aferição do valor ou desvalor de uma ação típica deriva do resultado, é natural que se contente somente com ele, sem se questionar o que pretendia o sujeito com sua ação. Outra coisa sucederá se na lesão causal dos bens jurídicos contemplar-se apenas o ponto final da ação desvalorada desde sua origem, hipótese em que subsistirá o desvalor da conduta, sendo impossível alegar-se a causa de justificação (29).

Estudando a legítima defesa afirmou *MAURACH* "não poder invocá-la quem havendo sido objetivamente agredido não soubesse do ataque e simplesmente desejasse produzir uma lesãao ao adversário" (30).

Segundo *WELZEL*, para justificação de uma ação típica não basta a presença dos elementos objetivos de justificação. O autor deve, necessariamente, conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. Ausente um ou outro requisito a ação não estará justificada" (31).

Também *STRATENWERTH* ensina ser fundamental a existência dos elementos subjetivos de justificação. Se o agente tem conhecimento dos dados objetivos de justificação não pode paralelamente dirigir sua vontade à realização do injusto, pois aqueles serão reflexos destes, isto é, a exata contrapartida do dolo. Não se excluem mas coincidem (32).

Para *WESSELS* é necessário o conhecimento da situação justificante, aliado aos pressupostos objetivos (33).

Afirmando corretamente que as condutas justificadas são também condutas finais, entende *ZAFFARONI* (34) que a finalidade justificante "funciona como elemento subjetivo que excede ao dolo do tipo subjetivo proibitivo". *COUSINO MAC IVER* (35) comungando do entendimento de *ZAFFARONI*, quanto a necessidade do elemento subjetivo de justificação, objetou-lhe, com razão, que o dolo não pode ser aumentado ou diminuido, mantendo-se íntegro.

Os adeptos da teoria causal-naturalista apenas excepcionalmente trataram da matéria.

MEZGER, o mais fino expositor do sistema clássico, se colocava em posição estritamente objetiva. Ao analisar a legítima defesa ensinava ser dispensável o conhecimento do ataque e a intenção de defender-se ou de defender terceiro, contrariando, aliás, a própria Jurisprudência do Reichsgericht. Dizia ele "o que importa é o fim *objetivo* da ação não o fim subjetivo do agente" (36). Já, no *Studienbuch* (37), referindo-se à orientação do Tribunal Alemão, a ela aderiu deixando certo ser necessária a vontade de defesa como causa subjetiva de justificação, claro que sem o envolvimento sistemático da teoria finalista.

BAUMANN restringe a necessidade de elementos subjetivos de justificação apenas a alguns casos de exclusão de antijuridicidade como a legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do ofendido, extraindo esta consequência da interpretação da lei ("vontade de defesa", para evitar) recorrendo, para tanto, inclusive às disposições do Código Civil Alemão (38).

ASUA, fundado em interpretação teleológica, sustenta a necessidade do *animus defendendi* (39) e faz referência a acórdãos da juris-

prudência espanhola (40) e argentina que exigem o *animus* de defesa (41).

III

Importante ressaltar que com referência às causas de justificação duas situações podem suceder: o autor desconhecer seus pressupostos objetivos, efetivamente existentes ou supor, por erro, sua existência. A primeira hipótese é o inverso da segunda.

Havendo erro quanto a causa de exclusão de crime por errônea apreciação de situação de fato, a hipótese será de causa de justificação putativa a ser tratada como *erro de proibição* — ao invés de erro de fato como ensina quase toda a doutrina pátria. O problema será resolvido na culpabilidade. A ação será ilícita, subsistindo o dolo. No entanto, tratando-se de erro escusável desaparecerá sua reprovabilidade. Sendo o erro inescusável restará a punição a título culposo e ficará impune o autor na hipótese de não se lhe poder reprovar a conduta.

Já no primeiro caso, — para usar a linguagem de *ZAFFARONI*, — existe a tipicidade permissiva e falta o aspecto subjetivo — há controvérsia na doutrina, dominando o entendimento de que o autor deverá ser punido por crime consumado (MAURACH, MEZGER, WELZEL, SAUER, NIESE, BACIGALUPO, ZAFFARONI, JUAREZ TAVARES). (42) A jurisprudência alemã — Reichsgericht — tinha solucionado desta forma a questão (43).

Outros, ao revés, (BAUMAN, RUDOLPHI, LENCKER, SAMSON, SCHOENKE, SHRÖDER, ESER, JESCHECK, STRATENWERTH) entendem que os agentes deverão ser punidos por tentativa. É a opinião de *WESSELS, in verbis:* "o justo seria aplicar-se neste caso as regras da tentativa. "A situação objetiva de justificação opõe-se à ocorrência do "injusto do resultado", o conteúdo do desvalor limita-se como na tentativa inidônea ao "injusto da ação" expressado na vontade à lesão jurídica" (44).

Não acreditamos seja esta última, tecnicamente, a melhor solução. Primeiro, porque especialmente nos crimes culposos, dentre outros, a ação seria sempre impunível face a inadmissibilidade da tentativa em relação a eles, sendo oportuno salientar ser também nos crimes culposos essencial a congruência entre os elementos subjetivos e objetivos de justificação (45).

Crítica incensurável coloca *MAURACH* (46) aos que opinam pela punição a título de tentativa, advertindo que seus adeptos desconhecem a construção de tal instituto — "cumprimento parcial do tipo" — e referindo-se a *MEZGER* e *SAUER* salienta a incoerência do pensamento de tais autores. Se eles apenas se contentam com a existên-

cia de um elemento objetivo de justificação, forçosamente, deveriam considerar irrelevante tal desconhecimento e justificada a conduta. O mestre de Munich, (47) a seguir, deixa claro que o erro — desconhecer os elementos objetivos de justificação — não se estende ao tipo, lição a que adere *BACIGALUPO* (48).

Juarez Tavares faz as mesmas críticas aos que pretendem solucionar o problema com a teoria da tentativa:

"Ora, a tentativa decorre do defeito ou falta do tipo objetivo. Há tentativa quando, embora o agente possua a representação e vontade na concretização do tipo este não se realiza porque está ausente um dos seus elementos. No caso presente há tentativa por que o tipo objetivo se apresenta sem qualquer desfiguração do agente acerca da existência de um elemento de justificação". E continua: ... "ou se reconhece o fato justificado na sua ilicitude ou se o pune como crime consumado" (49).

IV

Resta-nos examinar a posição da doutrina brasileira cujo pensamento já se pode deduzir baseada em que se encontra na teoria causal da ação. Regra geral, nossos autores se satisfazem somente com os requisitos objetivos, na linha do pensamento de ALLFELD, VON HIPPEL, BELING, SAUER, HEGLER, ZIMMERL, sustentado como já vimos por *Mezger* em certa fase (50).

O grande *COSTA E SILVA*, não de forma genérica, mas ao analisar a legítima defesa, já se referia à preocupação de autores alemães — Von Hippel, Mezger, Frank-Liszt-Schmidt — sendo de se lamentar que não tenha se detido à hipótese, pois apenas de passagem afirmou: "Parece-nos, porém, que se lhe deve atribuir também importância (embora não excessiva) científica". Mas já deixava registrado o mestre, apoiado em Frank, que "é sem importância que com esse fim de defesa — concorram outros fins" (51).

HUNGRIA ao estudar a antijuridicidade adverte que as causas de sua exclusão tem de ser apreciadas objetivamente isto é, não dependem da opinião do agente". Sendo, portanto a legítima defesa causa objetiva de exclusão da antijuridicidade "só pode existir objetivamente, isto é, quando ocorrer, efetivamente, os seus pressupostos objetivos. Nada tem estes a ver com a opinião ou crença do agredido ou do agressor" e exemplifica: "Assim, se Tício ao voltar a noite para casa, percebe que dois indivíduos procuram barrar-lhe o passo em atitude hostil e os abate a tiros, supondo-os policiais que o vão prender por crime anteriormente praticado, quando na verdade são ladrões que o querem despojar, não se pode negar a legítima defesa" (52). Segundo HUNGRIA nem na legítima defesa se exige a existência do ele-

mento subjetivo de justificação, ou seja, *o animus defendendi* indispensável até mesmo para alguns causalistas.

Solidários com HUNGRIA, Magalhães Noronha (53), Basileu Garcia (54), Frederico Marques (55).

E com ANIBAL BRUNO, perda irreparável da ciência penal brasileira, que se retoma a matéria. Limitando-se, também, ao instituto da legítima defesa ensinava o mestre: "apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista em quem reage, a *vontade de defender-se*. O ato, diz ANIBAL BRUNO, "deve ser um gesto de defesa, uma reação contra atos agressivos de outrém, *esse caráter de reação deve existir nos dois momentos da sua atuação, o subjetivo e o objetivo*. O gesto de quem defende precisa ser determinado *pela consciência e vontade de defender-se* "frisando com correção que: "o fato de o agente juntar ao fim de defender-se outro fim como por exemplo o de vingar-se não excluira a legítima defesa "desde que objetivamente não exceda os requisitos da necessidade e da moderação" (56).

Juarez Tavares (57) ao estudar o consentimento do ofendido já abordara o tema dos elementos subjetivos de justificação. Atualmente FRAGOSO, (58) como corolario dos postulados finalistas, sustenta a necessidade da congruência integral para existência de causas de justificação. Em posição idêntica, Damásio de Jesus (59).

Como se vê, para a mais moderna e autorizada doutrina brasileira é indispensável a existência dos elementos subjetivos de justificação.

V

Há mais um problema a salientar — o concurso de motivos — ou seja, aquelas figuras nas quais o agente conhece objetivamente a situação justificante e dela se aproveita para fins diversos como, por exemplo, vingar-se, não agindo, portanto, exclusivamente com a vontade de praticar a ação justificada. Neste caso permanecerá íntegra a causa de justificação. Seria incorreto confundir-se motivo com finalidade e negar-se o elemento subjetivo de justificação.

Aliás é precisa a lição de *CURY*, no sentido de que à lei somente interessa que a finalidade esteja de acordo com a norma jurídica, sendo os motivos irrelevantes (60).

Já vimos ser esta, entre nós, a opinião de COSTA E SILVA e ANIBAL BRUNO.

COUSINO MAC IVER (61) apresenta exemplo esclarecedor: o que, por compaixão, atendendo a insistentes pedidos mata o amigo

vítima de câncer, não deixa de praticar homicídio doloso, pois apesar do valor moral do motivo, a finalidade é antijurídica. Da mesma forma, havendo concurso de motivos na causa de justificação objetivamente existente e conhecida, o escopo vingativo é reprovável, mas a ação realizada se ajusta ao direito. Basta, como ensina WELZEL, ao estudar a legítima defesa que "a vontade de defender-se seja um motivo junto a outros" (62).

Não fora assim, estaríamos frente ao Direito Penal Autoritário, preocupado com tendências anímicas do autor, que traria total insegurança aos cidadãos, sendo, portanto, incompatível com o Estado de Direito.

CONCLUSÕES:

I — Em todos os tipos permissivos — (e não somente na legítima defesa) tanto nos crimes dolosos como nos culposos — é necessária a total congruência;

II — a inexistência dos elementos subjetivos das causas de justificação, presentes os objetivos, gera a punição por crime consumado e não a título de tentativa;

III — não é necessário que o agente vise exclusivamente a ação justificada, desde que efetivamente ocorram os pressupostos objetivos e subjetivos da causa de justificação. Raciocínio diverso nos levaria a confundir motivo com finalidade.

BIBLIOGRAFIA E NOTAS

1 — cf. ANIBAL BRUNO — *Direito Penal*, 1967, v. I p. 274.

2 — cf. ALDO MORO, *La Antijuridicidad Penal*, B. Aires 1949; PETROCELLI — *L'Antigiuridicità* — Padova, 1951; REALE JR., *Antijuridicidade Concreta* — S. Paulo, 1974; HELENO FRAGOSO — *Antijuridicidade Concreta in* Rev. Bras. Crim. Dir. Penal nº 7 p. 29 —; F. Castro Perez — *La Antijuridicidad Penal* — Notas para um Estudio de su esencia y problemas, Madrid, 1951; cf. WELZEL, Derecho Penal Alemão — *Parte General*, Chile, 1970, Trad. da 11a. E. Alemã, por JUAN BUSTOS RAMIREZ e SERGIO YANEZ PEREZ p. 116 e seg. que afirma: "As normas proibitivas se opõem em certos casos a disposições permissivas as quais impedem que a norma abstrata geral se converta em dever jurídico concreto e que permitem, por isso, a realização típica".

3 — MAURACH, Tratado Derecho Penal Trad. e notas de CORDOBA RODA — Barcelona, 1962, vol. I, p. 155.

4 — Eugenio Raul ZAFFARONI, *Teoria del Delito*, B. Aires, 1973, p. 202/203. Sobre histórico deste tema, cf. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. RODRIGUEZ MUNHOZ, Madrid, 1946, t. I, p. 361 ss., WELZEL, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, trad. CEREZO MIR, Barcelona, 1964, p. 50/51. Quanto à posição de SAUER e MEZGER e à observação em torno das infundadas críticas de GALLAS "de que seria voltar ao tipo avalorado de Beling", diz WELZEL: "o tipo não é só matéria de proibição, mas descrição material da conduta proibida"; Cf. GALLAS, *La Teoria del Delito en su momento actual*, trad. CORDOBA RODA, Barcelona, 1959, p. 33. Sobre antijuridicidade

no tipo aberto, cf. FRAGOSO, Lições de Direito Penal — Parte Geral —, São Paulo, 1976, p. 199; WELZEL, Derecho Penal, cit. p. 119.

5 — O próprio BELING diz que o legislador estabelece uma escala de valores no domínio do típico *(La Doctrina del Delito tipo*, trad. SOLER, B. Aires, 1944, p. 5.)

6 — WELZEL vale-se desta figura para criticar a teoria dos elementos negativos do tipo (MEZGER, FRANK, GALLAS) afirmando que ela desconhece a significação independente dos preceitos permissivos. A ocorrência da legítima defesa tem para tal teoria a mesma significação que a falta de um elemento do tipo — El Nuevo Sistema cit. p. 58. Ainda WELZEL: a disposição permissiva supõe necessariamente a realização prévia do tipo proibitivo e está a ele referido — Direcho Penal cit. p. 117. "Não há tipos permissivos sem que se pressuponha a existência de um tipo proibitivo, não é necessário permitir o que não está proibido". ZAFFARONI, ob. cit. p. 455.

7 — WELZEL — *Derecho Penal*, cit. p. 133.

8 — MAURACH, *Tratado* I/368.

9 — CURY, ENRIQUE — *Orientación para el Estudio de la Teoria del Delito, Chile* 1973 p. 153.

10 — À exceção de CARLOS ADALMYR CONDEIXA DA COSTA, *Dolo do Tipo* Premio Santo Ivo de Direito Penal, Rio s/data e *Pressupostos Existenciais do Crime*. Rio 1970; DAMÁSIO DE JESUS — Direito Penal — Parte Geral 2a. ed. 1977; HELENO FRAGOSO *Lições*, cit. JOÃO MESTIERI, *Curso de Direito Criminal Parte Especial*, Rio, 1970; JUAREZ CIRINO DOS SANTOS — *Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico in* R.D.P. nº 15/16 JUAREZ TAVARES — *O Consentimento do ofendido no Direito Penal, in Rev.* da Fac. de Dir. da Univ. Federal do Paraná nº 12 vol. 12, 1969 p. 257; *Espécies de Dolo e outros elementos Subjetivos do Tipo* R.D.P. 6/p/21; MIGUEL REALE JR. — Antijuridicidade Concreta e Dos *Estados de Necessidade* S.P. 1971. NILO BATISTA — O elemento subjetivo do crime de denunciação caluniosa. Rio, 1975.

11 — *Tratado de Derecho Penal*, Trad. 20a. Ed. Alemã por J. de Asua tomo II, p. 304 e seg.

12 — *Esquema de Derecho Penal*, B. Aires, 1944, Trad. S. Soler p. 19/20.

13 — Cf. DAMÁSIO DE JESUS — *Teoria Finalista da Ação e Teorias da Culpabilidade no Código de 1969 — in* Anais do III Cong. Nacional do Ministério Público, p. 77 e seg.

14 — Sendo o Direito uma ciência normativa não poderia ficar adstrita a simples sucessos causais. A crítica ao positivismo que partiu da Filosofia dos Valores da Escola Sub-Ocidental Alemã gerou um conceito social da ação, entendido como conduta voluntária dirigida a um resultado socialmente relevante, o que significa realização voluntária do tipo. Como na teoria causal da ação, também, nesta o conteúdo da vontade é estudado na culpabilidade. Atende-se mais ao desvalor do resultado que integra a ação do que ao desvalor da conduta Quase todas as críticas dirigidas aos causalistas cabem a teoria social da ação — cf. WESSELS, JOHANNES — *Direito Penal Parte Geral* — Porto Alegre. 1976, trad., Juarez Tavares p. 20.

15 — MAURACH afirma com razão que o conceito de tipo de BELING se acha intimamente ligado ao de ação de LISZT: "um tipo compreensivo de acontecimento objetivo e que atribui, sem exceção" todo o subjetivo a culpabilidade, podia somente desenvolver-se sobre a base de um conceito puramente causal de ação." Ob. cit. p. 271.

16 — apud MAURACH ob. cit. p. 374, nota do tradutor. É nesse sentido a lição de ZAFFARONI: "a una teoria objetiva del tipo prohitivo corresponde una teoria objetiva del tipo permissivo; a una teoria en la que el tipo se estructura sobre la

norma prohibitiva, captando sólo la objetividad de la "conducta" que la contraviene, se agrega una teoria de la justificación que sólo capta la objetividad de la "conducta" que a ella se adecua" ob. cit. p. 457 cf. ENRIQUE BACIGALUPO *Lineamentos De La Teoria Del Delito*, B. Aires, 1974, p. 27.

17 — A Ética a Nicômaco, p. 67 e p. 70" Athena Editora. S. Paulo.

18 — Cf. WELZEL, El Nuevo sistema del Derecho Penal p. 23 e Derecho Penal, cit. p. 53 e seg; MAURACH, Tratado cit. p. 197 e o Conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito R.B.C. D.P. nº 14, 1966, p. 20; JUAN CORDOBA RODA, Una Nueva Concepción del Delito — La Doctrina finalista p. 70; cf. CARLOS ADALMYR CONDEIXA DA COSTA. Dolo no Tipo.

19 — Cf. GLI Elementi Soggetivi dell'Antigiuridicitá secondo la Teoria Finalistica dell'azione, RICCARDO FRANCO *in* Studi in Memoria de FILLIPPO CRISPIGNI, MILANO, 1956, p. 105/114; cf. MARCELLO GALLO — *La teoria dell'azione Finalistica nella piu recente dottrina tedesca* — MILANO — 1967; JOSÉ CEREZO MIR — *La polemica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal espanola, in* Nuevo Pensamiento Penal nº 2, 1972 p. 217/246 JUAN CORDOBA RODA, ob. cit. e a crítica de ROXIN *"Contribuición a la Critica de la teoria final de la acción in* Problemas Básicos del Derecho Penal — Trad. DIEGO MANUEL LUZON PENA MADRID, 1976. RICHARD BOSCH — *Modernas transformaciones en la teoria del delito*, BOGOTA, 1970, trad. VICENTE CASTELLANOS.

20 — APUD MAURACH tratado cit. p. 353.

21 — Art. cit. p. 31.

22 — Cf. JUAREZ TAVARES — *Espécies de Dolo e outtros elementos subjetivos do tipo* RDP 6/31 e MAURACH ob. cit. p. 269.

23 — Cf. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS — Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico — RDP nº 15/16 p. 51 e JOÃO MESTIERI — Curso de Direito Criminal — Rio, 1970, p. 18; MAURACH — A teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão, RBCDP nº 15 p. 19.

24 — Cf. WESSELS, ob. cit. p. 24, e RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES — Consideraciones Criticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo, Madrid, 1963, p. 35.

25 — Ob. cit. p. 145.

26 — MAURACH afirma (Tratado cit. 1/369) que nem todos os finalistas exigem os elementos subjetivos de justificação, por influência dos causalistas. Cf. WESSELS, ob. cit. p. 62. A favor dos elementos subjetivos de justificação, entre outros, WELZEL, MAURACH, NIESE, WEBER, WESSELS, SCHOCH, ADOLF, JESCHECK, STRATENWERTH (cf. ZAFFARONNI, ob. cit. p. 457) e BINDING, FRANK, LOBE, OLSHAUSER, EB. SPIRO — cf. ASUA — Tratado cit. IV/197. Cf. ainda nota nº 9 de COUSINO MAC IVER — Los integrantes Subjetivos de la justificación — Rev. Ciencias Penales, jan/dez. 1974 — Chile, p. 26 a 33.

27 — Art. cit. p. 26 a 33. Ensina o mestre Chileno — "En efecto la persona que lleva a cabo un hecho tipico amparado por una causal de justificación, realiza una acción final en la cual no pueden separar se momentos distintos, no solo por la propria unidade ontologica de la acción, sino, ademas porque conceptualmente se trata de una totalidad indivisible y no de una mescla de ingredientes heterogeneos" p. 28 — E a p. 29 — "es imposible separar una finalidad destinada al saber y al querer el cunplimiento del tipo y una finalidad destinada al saber obrar en estudo de necessidad".

28 — APUD — COUSINO MAC IVER, art. cit. p. 28.

29 — Tratado cit. p. 368 e seg. É mais: "La Justificacion de una acción tipica depende, en todas las causas de justificacion, de que el resultado último autorizado objetivamente, se base en una voluntad del autor tendente a este evento: al elemento objetivo de justificacion (al actuar en la realidad, apesar del cumplimiento del tipo, conforme a derecho) debe corresponder, como elemento subjetivo de justificacion la voluntad del actuar autorizado socialmente. La falta de cualquiera de estas dos caracteristicas produce la incongrencia entre voluntad y resultado, y excluye la possibilidade de un juicio favoracle sobre el acto". idem pag. 370.

30 — Tratado cit. I/383. A respeito do estado de necessidade, *idem* p. 393, e WELZEL, DERECHO PENAL cit. p. 133.

31 — Derecho Penal cit. p. 121, WELZEL sustenta a teoria do injusto pessoal: (o injusto não é apenas a lesão do bem jurídico desvinculado do autor, mas injusto de ação a ele referido (Derecho Penal p. 91/92) e mereceu infundadas críticas. Cf. a propósito, WURTENBERGER — La Situazione Spirituale della scienza penalistica in Germania trad. MARIO LOSANO e FRANCO G. RÉPACI — MILANO, 1965, p. 74 e seg.). Confundindo finalidade com motivação os causalistas temem que a teoria final da ação proporciona uma abertura para o D. Penal do animo Cf. CURY, ob. cit. p. 154 — EDUARDO CORREIA, Direito Penal Coimbra, 1968, v. I, p. 248. Interessante notar a concepção da antiiuridicidade em Antolisei que não sendo finalista se aproxima do "injusto pessoal" de WELZEL: "Prescindendo dalla fragilità della ragione che à addotta in sostegno di questa concezione (l'ordinamento giuridico prima valuterebbe le azioni umane nella loro direzione oggetiva e poi imporrebe ai sudditi di comportarsi in un certo modo, che e stata dimostrata in modo convincente da PETROCELLI, *a noi sembra que non sia mai possible pronunciare il giudizio sulla liceità o meno di un comportamento dell'uomo, se nue si considera l'attegiamento della volontà dello stesso.* Astraento da questo elemento suggetivo, noi non citroviano di fonte ad un fatto "umano", sibbene ad una frazione, ad un vero e proprio mencone di esso: ma, come si può giudicare conforme o difforme dal diritto un frammento del falto dell'uomo? *Avulso dal suo contenuto Spirituale, il fatto dell'uomo non differisce punto delle forze brutte della natura e non può avere alcun significato per l'ordinamento giuridico"* (Manuale di Diritto Penale — Parte Generale — Milano. 1969, p. 150).

32 — STRAFRECHT p. 144 APUD COUSINO, art. cit. p. 29/30.

33 — Ob. cit. p. 62.

34 — Ob. cit. p. 461.

35 — Art. cit. p. 29.

36 — Tratado de Derecho Penal, Cit. tomo I p. 439.

37 — Derecho Penal — Parte General — Libro de Estudio Trad. 6º Ed. Alemã, 1955, por CONRADO FINZI, B. Aires, 1958, p. 171, cf. GRAF ZU DOHNA — La Estructura de la Teoria del Delito. Trad. da 4a. Ed. Alemã por FONTAN BALESTRA — B. Aires, 1958, p. 47.

38 — Derecho Penal — Conceptos Fundamentales y Sistema, Trad. da 4.a Ed. Alemã, 1972, por CONRADO FINZI — B. Aires, 1973, p. 193 e seg.

39 — Tratado de Derecho Penal — B. Aires, 1952, vol. IV, p. 199 e 200 — Considerado por MAC IVER a posição mais correta dos causalistas modernos art. cit. p. 32.

40 — *Idem*, p. 200/201.

41 — *Idem* nota 39, cf. MAURACH, Tratado cit. vol. I p. 369 a respeito da atual orientação do BGH.

42 — Cf. MAURACH — Tratado cit. vol. I p. 374/375 — WELZEL, Derecho Penal, cit. p. 140; BACIGALUPO — Lineamientos de la Teoria del Delito, B. Aires, 1974, p.

77 — ZAFFARONI, ob. cit. p. 461 Juarez Tavares — Consentimento... cit. p. 266.

43 — MAURACH Tratado, cit. I p. 375.

44 — BRAUMANN, ob. cit. p. 195 e WESSELS, ob. cit. p. 63.

45 — Cf. MAURACH, Tratado, I p. 235. FRAGOSO, Lições cit p. 243: "Como nos crimes dolosos, nos crimes culposos pode a ilicitude ecluir-se pela ocorrência de causas de justificação. Assim, por exemplo, se o médico conduz o seu veículo com velocidade imprópria em certo local da via pública, para atender ao socorro que lhe foi solicitado com urgência, e vem a atropelar um pedestre, haverá estado de necessidade. Do ponto de vista subjetivo, a justificação da conduta resulta da direção da vontade no sentido de alcançar um resultado socialmente valioso". No mesmo sentido MAURACH que lembra ser possível a justificação tanto na culpa consciente como inconsciente.

46 — Tratado, I, p. 375, advertindo que neste sentido já opina MEZGER e a maioria dos autores.

47 — *Idem ibidem*.

48 — Ob. cit. p. 77 — "esta posicion es la correcta pues el tipo objetivo no se modifica cuando falta el elemento subjetivo de la justificacion y la tentativa requiere la falta de algun elemento del tipo objetivo".

49 — Ob. cit. p. 266/267.

50 — Cf. ASUA, Tratado, cit. t. IV p. 195 e MEZGER Derecho Penal Libro de Estudio, p. 171. Esta também é a posição da doutrina italiana. O excelente BETTIOL, por exemplo, afirma: "As causas de justificação provocam a ausência de aplicação de pena, impedem a formulação de um Juízo de culpabilidade, porque incidem, negando-o, sobre o caráter lesivo do fato. Elas tem portanto caráter objetivo, e atuam também objetivamente no sentido de que não se faz mister que sejam conhecidas pelo sujeito agente "Direito Penal Trad. da 6a. Ed. por Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco — S. Paulo, 1966, p. 351.

51 — Comentários ao Código Penal — S. Paulo, 1967, vol. I, p. 135.

52 — Comentários ao Código Penal — Rio, 4a. Ed. 1958, vol. I, Tomo I, p. 22 e 289.

53 — MAGALHÃES NORONHA, também ao estudar a legtima defesa a descreve como "causa objetiva excludente da antijuridicidade objetiva "porque se reduz a apreciação do "finc", qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja sua convicção. Ainda que pense estar praticando um crime, se a "situação de fato" for de legítima defesa esta não desaparecerá. E prossegue: "o que está no psiquismo do agente não pode mudar o que se encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delito não impede, fatal e necessariamente a tutela de fato de um direito" (Direito Penal, 7a Ed. 1971, S. Paulo, p. 201).

54 — BASILEU GARCIA ensina "envolve dominadamente ao instituto da legítima defesa o aspecto de licitude objetiva, emanado do fato em si, com independência do estado subjetivo do autor da repulsa" — Instituições de Direito Penal, 1951 — vol. I, tomo I, p. 305.

55 — FREDERICO MARQUES, fundado em BETTIOL, sustenta ter a antijuridicidade caráter objetivo, "por consubstanciar um juízo de valor sobre a lesão de um bem jurídico "afirmando ao analisar a legítima defesa que a "licitude de repulsa é eminentemente objetiva. O animus de quem repele a agressão não sopesado para aferir-se da juridicidade ou antijuridicidade do fato típico, a que os atos de defesa dão lugar "Tratado de Direito Penal — S. Paulo, 1965, vol. II, p. 110.

56 — Direito Penal, 3a. Ed. 1967, Rio, vol. II, p. 367.

57 — Art. cit. p. 266.

58 — Lições cit. p. 201 — "o juízo da antijuridicidade recai sobre a conduta típica, que compreende os aspectos objetivo e subjetivo da ação. Em consequência, só se pode excluir a antijuridicidade e a vontade dirigir-se no sentido que corresponde à permissão jurídica ou à justificação".

59 — Direito Penal, cit. vol. I, p. 316.

60 — Ob. cit. p. 154, art. cit. p. 61 — STRATENWERTH é consigo: "O motivo daqueles cuja conduta se mantem objetivamente nas fronteiras do direito é sempre juridicamente irrelevante" *apud*, art. cit. de COUSINO MAC IVER, p. 31, cf. ainda MAURACH Tratado cit. p. 196, Welzel — Derecho Penal cit. p. 128.

61 — Art. cit. p 30.

62 — Derecho Penal cit. p. 128

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

PUNIÇÃO DOS DELITOS AUTOMOBILÍSTICOS

José Antônio Pereira Ribeiro
Promotor Público — São Paulo

Os problemas de trânsito têm sido um desafio constante para todos. Os seus males têm sido focalizados em diversas ocasiões e apesar de devidamente diagnosticados até hoje ainda não se lhes aplicou os remédios recomendados. De nada adianta estudar as causas dos desastres e sugerir-lhes medidas saneadoras se o legislador queda-se indiferente a um problema tormentoso, que vem ceifando vidas preciosas. Cada época tem a sua criminalidade própria e atualmente a criminalidade em voga é justamente a culposa, resultante dos inúmeros desastres de trânsito. E a tendência é aumentar cada vez mais, com o número sempre crescente de veículos que é lançado em circulação diariamente. É preciso uma legislação especial para o trânsito, reclamam todos os juristas, pois a que aí existe não pode de maneira alguma reprimir a onda de crimes.

O nosso país é apontado como recordista em matéria de acidentes automobilísticos e nem por isso as autoridades, tão ciosas e preocupadas com o bem estar do povo, ainda tomaram uma providência séria a respeito do assunto, que está reclamando urgente solução. Não pretendemos nesse trabalho apontar as causas mais importantes dos acidentes nas estradas, que se encontram no livro "Delitos do automóvel", que inclui também um ante-projeto, catalogando as figuras criminais principais, bem como as sanções correspondentes, cujo ante-projeto será anexado à presente tese.

Outros trabalhos têm sido apresentados e diversas sugestões têm sido feitas, sem que qualquer providência fosse tomada. Ainda há pouco tempo realizou-se na Câmara Federal um "Simpósio de Trân-

sito" com a participação de estudiosos de várias partes do país. Vários trabalhos foram apresentados; discussões sobre a problemática do trânsito foram publicadas; sugestões para minorar os males do trânsito; inclusive foram sugeridas punições mais severas para os infratores das normas de trânsito, sem que nada de prático fosse realizado. O nosso grande mal tem sido apenas a realização de Congressos sem que o Governo se sensibilize com as suas conclusões.

Haja visto a Lei 4.611/65, em vigor há oito anos, e cujos inconvenientes já foram apontados por Juízes, Promotores, Delegados, Advogados e que até hoje continua em vigor. As queixas sempre foram gerais e nem assim o legislador se mostrou sensível, pois a referida lei não foi revogada ou substituída por outra mais consentânea com a nossa realidade.

E cada dia a aplicação da chamada Lei do Rito Sumário vai-se tornando mais duvidosa, pois atualmente as autoridades policiais têm aberto sindicâncias para a apuração dos delitos culposos, o que constitui um verdadeiro abuso. Por outro lado, não se pode também exigir outro procedimento já que a referida lei não dá condições de aplicação. Como exigir da autoridade policial que "a priori" estabeleça a culpa do motorista, quando não tem elementos probantes para agir? Como exigir que num choque de veículos, em que a culpa de um dos motoristas é duvidosa, que baixe Portaria somente contra um ou contra os dois, quando só um é culpado? Determinar previamente o responsável pelo acidente, sem dispor dos elementos necessários, tem sido um martírio para as autoridades policiais. Portanto, a medida mais urgente que se reclama no setor de trânsito é precisamente a revogação e substituição da Lei 4.611/65, restabelecendo o inquérito policial, que propiciará melhores condições para a apuração dos delitos culposos.

Não pretendemos de modo algum repisar os graves inconvenientes da lei do Rito Sumário, que já foram expostos em diversas oportunidades, trabalhos, artigos, congressos, sem que nada de positivo fosse feito. E a nossa vida diária, está sentindo até hoje os males que dela advem, sem que a mesma seja banida do nosso sistema procedimental. E a verdade é que muitos delitos deixam de ser punidos justamente porque a aplicação dessa lei é duvidosa, vez que a polícia não tem condições e meios para usá-la. A impunidade no trânsito é assim conhecida, o que concorre para aumentar a criminalidade, a insegurança, o desrespeito, fazendo de nossas rodovias, pistas de corridas, palco de frequentes velórios, em que vidas preciosas são ceifadas, sem que nada de positivo seja feito. Ainda agora os bispos do Paraná, deram os seguintes conselhos aos motoristas: — 1°) — Faça do automóvel um instrumento de vida e não de morte; 2°) — No volante de seu carro assuma consciência de sua responsabilidade; 3°) — O automóvel é cego. Você motorista é que deve

controlá-lo; 4°) — Não permita que o automóvel guie você; 5°) — O destino do automóvel é a felicidade, não faça dele um instrumento de desgraça; 6°) — Seja o automóvel um sinal de responsabilidade; 7°) — Faça do carro uma escola de autodomínio; 8°) — Na estrada, seu irmão espera a vida e não a morte; 9°) — Quando você guia, o seu irmão espera que você o respeite; 10°) Deus abençoou quando você guia obedecendo às suas Leis; 11°) — Sua viagem depende de você e não de seu carro; 12°) — Faça de seu carro um instrumento de aproximação e não de desunião (Os bispos do Paraná).

Hoje em dia é dever de todos cooperar para a segurança no trânsito. Já não cabe somente à polícia fiscalizar, mas todos motoristas devem ser vigilantes nas estradas e apontar às autoridades, para a devida punição, os maus motoristas, que estão colocando em perigo a vida alheia. E felizmente os maus motoristas constituem uma minoria. Deve assim cada um procurar fiscalizar as infrações cometidas, pois a ausência de fiscalização é uma das causas mais sérias de desastres. O nosso motorista além de não guiar bem é mal educado, sendo responsável por um número grande de acidentes que não deveriam ocorrer.

É intenção do Governo tornar o trânsito matéria obrigatória nas Escolas, o que poderá surtir resultados positivos num futuro ainda distante. Mas enquanto isso é preciso educar os adultos para que não continuem matando nas nossas estradas. O problema tem que ser solucionado no presente, com vistas não somente ao futuro, mas também à situação de calamidade atual.

A primeira medida que se impõe na atual conjuntura é justamente revogação e substituição da lei do Rito Sumário o mais urgente possível, pois já ficou demonstrado a sua inconveniência como meio para reprimir os delitos culposos.

Além de ser o processo sumário adotado como meio ineficaz para combater a criminalidade culposa, é preciso também que o sistema de penas seja substituído, pois o atual revela-se inadequado, insuficiente, inoperante. Várias modificações têm sido propostas quanto ao sistema de punição sendo que uns procuram realçar a pena de prisão, outros a pena de multa e terceiros a interdição do direito de dirigir.

Ainda recentemente no Simpósio de Trânsito, que se realizou na Câmara Federal, o DETRAN de São Paulo sugeriu o cancelamento da fiança e da suspensão condicional da pena, como necessidade imperiosa e urgente na repressão aos delitos culposos. Nada mais errado do que tal sugestão. Não é com penas severas que vamos combater a criminalidade culposa. É um absurdo querendo educar o motorista levando-o para a prisão, quando todos sabemos que a prisão não educa ninguém, como já ficou demonstrado no nosso sistema penal. Tanto que no novo Código é "admitida a fiança e o

sursis" em crimes de reclusão. E com a criação da prisão-albergue nos Estados de São Paulo e Paraná, com resultados positivos, e concedida às penas de prisão até 5 (cinco) anos, é de se ver que a tendência moderna é partir para o regime de semi-liberdade. Como pretender-se pois, a aplicação da prisão nos delitos culposos, quando a tendência é eliminá-la até mesmo nos crimes dolosos? A sugestão do DETRAN de São Paulo conflita com as tendências modernas do sistema de punição.

Por outro lado, quanto mais severa for a punição, mais incerteza haverá na sua aplicação efetiva. A pena de prisão só deve ser aplicada para delitos graves. Os juizes têm uma tendência para absolver, quando sentem a severidade da punição, o que é um fato incontroverso.

Assim, não foi feliz a sugestão do DETRAN, no seu anteprojeto de Lei, artigo 5º, quando prevê: "Não será concedida fiança, nem suspensão condicional da pena, quando se tratar de crime de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa decorrente da utilização de veículo automotor". Não fui feliz porque a pena severa, nesses casos é de duvidosa aplicabilidade, assim como não educa o infrator e ainda está em flagrante conflito com a tendência moderna do regime de semi-liberdade como o meio adequado de punição.

Os que advogam a aplicação da pena de multa também não têm razão, pois a multa sozinha não solucionará o problema, como aliás tem demonstrado a vida prática. Atualmente, a multa prevista para as infrações administrativas no setor de trânsito são adequadas ao valor da nossa moeda, já que foram atualizadas, o que não ocorreu com a pena de multa prevista no Código Penal e nas Leis de Contravenção Penal. É de se perguntar se a atualização da multa diminuiu as infrações de trânsito? Em primeiro lugar, a ausência de fiscalização que é uma constante nas nossas estradas e ruas públicas tem concorrido para o aumento de desastres; por outro lado, a fiscalização existente é por demais tolerante, pois o que se observa é que os guardas tem receio de agir, sentem-se inibidos diante de um infrator, quando deveriam simplesmente multar. Também o processo adotado para aplicação de multas é retrógrado, inoperante, pois os guardas nas cidades não carregam talões de multa, precisando encaminhar o motorista faltoso para o seu chefe, o que constitui uma falha muito séria no nosso sistema de repressão. Aliás, foi sentindo a falta de fiscalização que o COPOM baixou uma resolução nos seguintes termos: I — "Todos os infratores da lei de trânsito que cometerem crime de contravenção, exposição de perigo, lesões corporais, danos em prédios públicos ou particulares, embriaguez, falta de habilitação, direção perigosa de veículos, etc... deverão ser apresentados presos ao Delegado de Polícia nos Distritos competentes, com testemunhas para as medidas processuais que serão prioritárias; II — "Todo acidente de trânsito, mesmo sem vítimas, deverão as

partes e veículos, se possível, ser apresentados ao Delegado de Polícia competente, a fim de que seja apurada a existência ou não de crime ou contravenção penal"; III — "Nos acidentes com vítimas ou em qualquer local de crime, o policial que chegar primeiro, comunicará incontinenti o fato ao Delegado de Polícia competente e tomará as providências para preservar o local, para efeito de IPT, ou requisitará as demais providências e medidas processuais"; IV — Os integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar, nos relacionamentos, em razão do serviço policial, exibirão as respectivas identidades"; V "É vedado ao Policial Militar interferir na solução de ocorrência apresentada ao Delegado de Polícia competente"; VI — "O não cumprimento desta resolução será considerada falta grave, nos termos da Lei Orgânica de Polícia e terá apuração sumária. a) Secretário da Segurança Pública, Servulo de Mota Lima (publicado no "Estado de São Paulo de 17/2/73)".

Ora, observa-se por essa resolução a animosidade existente entre as próprias autoridades encarregadas da fiscalização de trânsito o que constitui um grande mal e concorre para a falta de fiscalização. Não seria preciso fixar em resolução os deveres das autoridades, que é justamente o cumprimento das leis já existentes.

É preciso não esquecer que não basta fazer leis. É indispensável que as leis tenham aplicação efetiva, sob pena de não passarem de letras mortas. O nosso Código Nacional de Trânsito em vigor tem dispositivos salutares, que surtiriam ótimos efeitos práticos, mas, que infelizmente, não tem sido aplicados pelas autoridades de trânsito.

O art. 96 do CNT e art. 199 do respectivo Regulamento preveem a "apreensão" da carteira de habilitação "por prazo de 1 a 12 meses, quando houver a entrega da direção de veículo a pessoa não habilitada ou quando houver direção de veículo em estado de embriaguez". É de se perguntar se alguém tem conhecimento da aplicação desses dispositivos?

O artigo 97 do C.N.T. e art. 200 do respectivo Regulamento também disciplina "cassação" da carteira de habilitação, quando o motorista estiver dirigindo embriagado depois de duas apreensões pelo mesmo motivo. Ora, se a carteira nunca é "apreendida", pelos motivos expostos como poderá vir a ser "cassada", na repetição da infração? São dispositivos salutares, que corrigiriam muitas situações existentes, mas que na realidade nunca são aplicados.

Aliás, o jornal "Estado de São Paulo" de 11 de setembro de 1973, traz um artigo sobre as corridas de automóvel ou similares na Avenida Faria Lima, em São Paulo, por jovens da sociedade paulistana, que não são incomodados pela polícia, quando tais fatos constituem infrações penais. É de se perguntar se vale a pena fazer leis para não serem cumpridas? Ou mais grave ainda,

se não é verdade o princípio "de que as leis são como teias de aranha, que se rompem com o peso de um corpo mais forte".

A pena de multa sozinha é ineficaz e não sensibiliza o infrator, principalmente os economicamente fortes. Muitos pagam a multa com um sorriso zombeteiro nos lábios, pois aquela importância dispendida em nada vai influir nas suas posses.

A única pena que realmente seria eficaz e poderia diminuir os abusos no trânsito é justamente a PROIBIÇÃO DE DIRIGIR. Atualmente, a interdição de direito é pena acessória no nosso Código Penal (art. 69, IV) e de duvidosa aplicação, inclusive nas condenações criminais, em que o agente revela grave culpa pelo acidente. Também os nossos Tribunais tem tido uma grande culpa pela impunidade que campeia nos delitos culposos, principalmente quando deixam de aplicar a pena acessória de proibição de dirigir.

Há certos juizes que, injustificadamente, entendem que "a suspensão provisória da carteira de habilitação não pode ser aplicada como pena acessória por ser de natureza meramente administrativa (RT 349/257). Ora, tal entendimento, data *maxime venia*, está divorciado de qualquer interpretação de bom senso, pois o nosso Código Penal é expresso ao prever a pena acessória de proibição de dirigir, não tendo nenhum amparo legal a decisão referida.

Não deixa de ser alarmante a incoerência de certos julgados sobre o mesmo assunto, o que traz sérias dificuldades para os Juizes e Promotores em geral. Mesmo nos casos mais graves de direção perigosa de veículos, mormente quando é acusado de dirigir embriagado, tem sido vacilantes os nossos julgados, ora aplicando a pena acessória, ora cancelando-a quando foi anteriormente aplicada pelo Juiz de 1ª instância, o que revela uma orientação incerta, que concorre para o aumento da criminalidade culposa, pois o motorista sente que ficou impune.

Há assim uma intolerância injustificável dos nossos Tribunais na aplicação da pena acessória, que poderia ter ótimos resultados práticos no combate aos acidentes culposos.

Se no atual Código a aplicação é duvidosa, no futuro Código Penal tal proibição, que será "Medida de Segurança", terá uma aplicação muito mais incerta porque a medida de segurança pressupõe a periculosidade dos agentes. Quem poderá dizer que o motorista que cometeu sua primeira infração no trânsito é perigoso? Atualmente, já se discute até mesmo a presunção de periculosidade no delito culposo, quando o agente é reincidente, o que dizer, quando comete a primeira infração?

Aiás, no livro "Delitos do Automóvel" (livro de autoria do Dr. Paulo Lúcio Nogueira — um dos autores desta tese), é defendida a tese de que a proibição de dirigir deve ser EFEITO DA CON-

DENAÇÃO, criminal, ou erigida em pena principal. Será a única pena que o motorista realmente sente e não apresenta nenhum gravame para a família do condenado. A proibição de dirigir durante certo tempo, conforme a gravidade da infração cometida, é a pena ideal, para os delitos de trânsito e única medida capaz de melhorar o nosso trânsito.

A proibição de dirigir, inclusive em infrações administrativas, por tempo curto, constitui a única punição capaz de arrefecer os abusos de trânsito. O escopo do Direito Penal é a defesa social e não atender aos interesses individuais. Portanto, não se justificam os argumentos de "que ao motorista profissional não se deve aplicar tal punição", o que acarretaria consequências desastrosas para a sua família pois ele vive daquilo, "é o seu ganha pão". Ora, nada mais falso e incorreto, pois o que não se pode é deixá-lo continuar dirigindo com esse pretexto insustentável, para que amanhã ele venha novamente a matar ou ferir outra vítima.

Também não há nenhuma incongruência entre a concessão do "sursis" e a aplicação da proibição de dirigir, como salientam alguns julgados. Aliás tal argumento é contraditório, vez que a não aplicação da pena acessória é que irá facilitar o retorno ao crime, desde que o motorista continue a dirigir, sem ter sofrido uma punição real, pois o "sursis", sem condições gerais ou especiais nada representa.

A proibição de dirigir, embora retire do sursitário seu meio de vida, quando profissional, tem um alcance social muito mais elevado, que é evitar que o motorista venha a cometer novos acidentes, já que o motorista que sofreu um acidente está mais sujeito a ter outro do que aquele que nunca sofreu nenhum, o que está comprovado pelas estatísticas.

Não há também nenhuma proibição legal que se imponha como condição de sursis o pagamento do dano causado durante o período de prova do sursis, se a vítima reclamar. Trata-se de medida que está intimamente relacionada com o disposto no artigo 707, nº II do Código de Processo Penal, que prevê a revogação obrigatória do sursis, quando o réu solvente frustar o pagamento da multa ou a reparação do dano. Os nossos Tribunais sistematicamente cancelam tal condição quando imposta, quando se trata de revogação obrigatória do sursis.

A Ordem dos Advogados do Brasil, apresentou ao Senado Federal, por intermédio do Senador Nelson Carneiro, projeto de lei que determina ao Juiz que proferir sentença condenatória, arbitre de plano a indenização devida pelos danos que o réu tenha causado, procurando previamente conciliar as partes quanto ao montante devido — Jornal "O Estado de São Paulo" de 31/10/1973). Verifica-se, portanto, que o pagamento do dano causado é uma das consequências do ato criminoso. É verdade que o Juiz não vai ter condições

de, numa sentença criminal condenatória, fixar o "quantum" da indenização devida se a parte interessada não lhe fornecer os meios necessários. Contudo, pode perfeitamente fixar como condição do sursis, dentro do período de prova, o pagamento do dano causado, o que tem sido atualmente rechaçado pela jurisprudência de nossos Tribunais, sem que lhes assista razão. Os efeitos sociais do crime incidem sobre a própria família da vítima (quando toda a família não é vítima) que deve receber uma contraprestação econômica.

É preciso ainda criar novas figuras criminais no setor de trânsito, como dirigir embriagado, violar regra de trânsito, expondo a perigo a incolumidade de outrem, abandonar o local do acidente, sem comunicar à autoridade, dirigir em via pública sem placa de licenciamento, etc... Uma das graves falhas do nosso trânsito é justamente colocar em circulação veículo sem placa de licenciamento, o que dificulta a fiscalização e facilita o furto. Como pode um guarda ou mesmo qualquer pessoa interessada reclamar contra um veículo sem placa, quando não teve condições de identificá-lo? Seria uma maneira de forçar o próprio Estado a solucionar o problema de só colocar em circulação veículos com a respectiva placa.

É preciso ainda criar "varas especializadas", nas grandes capitais, para os delitos culposos. Estamos hoje vivendo a era (época) da especialização, quando muitos se dedicam a determinado ramo de direito para melhor produzir. Por que exigir que o Juiz, o Promotor num grande centro não sejam especializados, quando os advogados se especializam em determinados ramos de direito? Portanto é perfeitamente válida e necessária a criação de varas especializadas para os delitos culposos, para os latrocínios, para os crimes falimentares, para as contravenções (como existia antigamente), para a "Lei anti-tóxicos", etc... etc...

A especialização não só facilita o trabalho, como o torna mais rápido e seguro, pois o especialista sempre seria mais capaz do "que o clínico geral".

Veja-se o exemplo dos médicos que depois de fazerem "clínica geral", se especializam em determinados ramos da medicina, o mesmo pode se dar com o Direito.

E para terminarmos este trabalho, podemos concluir que:

CONCLUSÕES

1º) — A revogação da Lei 4.611/65 torna-se indispensável na apuração dos delitos culposos e deve ocorrer o mais breve possível, como justo reclamo de todos os que trabalham no campo da justiça;

2º) — A proibição de dirigir veículo deve ser efeito das condenações criminais ou ser erigida em pena principal, como única punição eficaz e capaz de diminuir os males do trânsito;

3º) — Enquanto não se faz uma legislação especial para os delitos do trânsito, é indispensável Juizes e Tribunais que apliquem com mais rigor e frequência a pena acessória de proibição de dirigir veículos prevista no nosso Código Penal;

4º) — Nas condenações criminais por acidentes culposos não há nenhuma disposição legal que impeça que se aplique como condição de sursis a reparação do dano durante o período de prova do sursis, pois a não reparação do dano é causa obrigatória de sua revogação;

5º) — É preciso criar novas figuras criminais no setor do trânsito a exemplo de outras nações;

6º) — É indispensável a criação de "Varas Especializadas" nas grandes capitais para os delitos culposos.

NOTA: Segue em anexo um anteprojeto do Dr. Paulo Lúcio Nogueira, sobre o assunto, remetido ao Ministro da Justiça Dr. ALFREDO BUZAID, publicado na 2ª Edição do seu livro "DELITOS DO AUTOMÓVEL".

ANTEPROJETO

REGULA AS INFRAÇÕES E O PROCESSO DE RESPONSABILIDADE PENAL NOS SETORES DO TRÂNSITO.

De autoria do Dr. Paulo Lúcio Nogueira, DD. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Tupã.

Art. 1º) — Constitui crime contra a incolumidade pública praticado no setor do trânsito:

I — Causar homicídio culposamente;

II — Causar lesões culposas;

III — Dirigir veículo motorizado na via pública em estado de embriaguez alcoólica ou qualquer outro inebriante;

IV — Violar regra de regulamento de trânsito, expondo a grave perigo a incolumidade de outrem;

V — 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;

VI — Dirigir veículo em via pública sem a respectiva placa de licenciamento;

VII — Conduzir veículo na via pública em velocidade excessiva ou de modo perigoso;

VIII — Conduzir veículo na via pública sem a devida habilitação legal;

IX — Dirigir veículo em via pública sem autorização por escrito do seu proprietário, quando este não se encontrar presente;

X — Mudar ou danificar sinais da via pública destinados à segurança do trânsito.

§ 1° — Os crimes definidos neste artigo, são de alçada pública, punidos os do item I, com pena de detenção de um a dois anos e pagamento de 30 a 100 dias-multa;

§ 2° — Os demais punidos com pena de detenção de três meses a um ano e pagamento de 10 a 50 dias-multa;

§ 3° — A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta para o motorista a suspensão do direito de dirigir pelo prazo de dois meses a um ano, sem prejuizo da reparação civil de dano causado;

§ 4° — No caso de reincidência a suspensão do direito de dirigir será pelo prazo de um a dois anos.

Art. 2° — 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.

Art. 3° — A ação penal será instruída com inquérito policial, que deverá estar concluido em 15 dias.

Art. 4° — Apresentando o inquérito ao Ministério Público, este no prazo de 48 horas denunciará o réu desde que o fato apurado constitua crime, e requererá ao Juiz a citação do réu, e, bem assim, a designação de audiência de instrução e julgamento.

§ 1° — A denúncia do Ministério Público será apresentada em duas vias.

§ 2° — Se o órgão do Ministério Público ao invés de apresentar a denúncia requerer o arquivamento do inquérito, o Juiz procederá na forma do art. 28 do Código Penal.

§ 3° — Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo fixado será admitida ação privada podendo, porém, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva e intervir em todos os termos do processo.

Art. 5° — Recebidos os autos, o Juiz dentro de 48 horas, proferirá despacho, recebendo ou rejeitando a denúncia.

§ 1° — No despacho que receber a denúncia, o Juiz designará, desde logo, dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada, improrrogavelmente, dentro de 10 dias.

§ 2° — A citação do réu para se ver processar até julgamento final e para comparecer à audiência de instrução e julgamento será

feita por mandado sucinto, que será acompanhado de segunda via da denúncia, ou caso o réu não seja encontrado, por editais, com o prazo de cinco dias.

Art. 6º — As testemunhas de acusação e defesa, que não podem exceder de três, poderão ser apresentadas em Juizo independentemente de intimação

§ único — Não serão deferidos pedidos de precatória, para a audiência ou a intimação de testemunhas, requerimentos para a realização de diligências, perícias, ou exames, a não ser que o Juiz, em despacho motivado, considere indispensáveis tais providências.

Art. 7º — Aberta a audiência o Juiz fará a qualificação e o interrogatório do réu, se estiver presente.

§ único — Não comparecendo o réu nem seu advogado o Juiz nomeará imediatamente defensor para funcionar na audiência e nos ulteriores termos do processo.

Art. 8º — Depois de ouvidas as testemunhas de acusação e defesa, o Juiz dará a palavra, sucessivamente, ao Ministério Público e ao advogado do réu, pelo prazo de 15 minutos para cada um, prorrogável por mais 10 minutos a critério do Juiz.

§ único — A audiência somente deixará de realizar-se se ausente o Juiz.

Art. 9º — Encerrado o debate, o Juiz proferirá imediatamente a sentença ou se não se julgar habilitado, ordenará que os autos lhes sejam conclusos em 48 horas, e, no prazo de 5 dias, dará sentença.

Art. 10º — Nas Comarcas onde os meios de transporte forem difíceis e não permitirem a observância dos prazos fixados nesta lei, o Juiz poderá aumentá-los, sempre motivadamente até o dobro.

Art. 11º — Nos casos omissos serão aplicáveis as normas do Código de Processo Penal, sempre que compatíveis com o sistema de instrução e julgamento regulado por esta lei.

§ único — Das decisões, despachos e sentenças caberão os recursos e aplicações previstas no Código de Processo Penal.

Art. 12º — Revogam-se as disposições em contrário, inclusive a Lei nº 4.611 de 2.4.1965.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DA PESSOA DO VICIADO E DO COMÉRCIO CLANDESTINO DE ENTORPECENTES

José Antonio Pereira Ribeiro
Promotor Público

"Os tóxicos devem servir para preservar a vida humana e não para abreviá-la ou extinguí-la".
"O toxicomano, julga criar um Paraíso Artificial, quando na realidade está se afundando num inferno de vício e degradação".

"Os maiores consumidores de psicotrópicos são os jovens de 15 a 25 anos. Maior incidência entre os 15 e 18 anos. Alguns, porém, começam aos 14.

Por que logo a juventude? Por que não os desenganados, desgostosos, céticos e desanimados adultos?

O desajuste da adolescência é um velho fenômeno, estudado e comentado sob todos os aspectos que se apresentaram até aqui. Mas estamos diante de um fato novo. A juventude tornou-se um grupo social: tem modos próprios de vestir, de falar, de se expressar. Tem gostos e modas que a converteram num mercado consumidor avidamente explorado. Tem um lugar à parte na opinião pública. Mas não tem seu lugar próprio. Não se encontrou ainda, nem dispõe de muitos modelos a imitar, a não ser os seus ídolos, de sua idade, com as mesmas inseguranças e revoltas. O mundo adulto parece-lhe falso, mentiroso e covarde. Para a maioria dos jovens, a família assume a característica mais próxima do mundo adulto que eles detestam. Diante de um mundo que o adolescente considera absurdo, contraditório entre o que faz e os valores que diz cultuar, num mundo tão duro e angunstiante pelas injustiças que se multi-

plicam sob falsos pretextos, diante da impotência de alterar essa hierarquia de mentiras travestidas de valores, o jovem se revolta ou se retira. Refugia-se num mundo próprio e povoado de visões e sensações exaltantes. O jovem ouve falar na existência de um meio para atingir esse mundo extasiante e observa o exemplo de seus ídolos. Um dia é abordado por alguém que lhe oferece uma passagem gratis para o tal mundo fantástico. E então sorve avidamente a bolinha, traga o cigarro de maconha. A partir desse momento o traficante o tem na mão. Fascinado com a experiência o jovem quer repetí-la, mas agora terá que comprar, pagando um preço elevado pelo prazer. É necessário obter o dinheiro seja por que meio for. Começa a escravização do jovem, dupla escravização: ao traficante e ao vício. A vítima fêz-se cúmplice do seu algoz o criminoso: pois o jovem viciado e o traficante inescrupuloso jamais se acusarão perante as autoridades.

Surgem os sintomas dessa estranha enfermidade: se um estudante não presta atenção à aula; se faz deveres mal feitos; se tem aparência doentia, faces amareladas e órbitas abertas, se usa óculos escuros em horas inadequadas e camisas de mangas compridas; se pede dinheiro emprestado aos colegas e furta pequenos objetos; se está irritado, com o nariz escorrendo e dorme na sala de aula — ele pode ser um viciado em drogas. É um jovem doente que necessita de ajuda. Além da decadência física e moral a que está sujeito, tende imediatamente ao insucesso em todas as suas atividades. Depois de algum tempo, o viciado se torna incapaz de acompanhar um programa de estudos no mesmo ritmo de seus colegas não-viciados. Além disso o jovem rapidamente é levado ao desinteresse pelos estudos, pela Universidade. Entre as drogas atualmente utilizadas pela juventude as que mais atraem são as substâncias psico-estimulantes, que podem induzir ao crime, provocando distúrbios de conduta e culminando por levar os indivíduos a uma psicose tóxico-anfetamínica.

Estes informes acima foram divulgados pelo boletim do "Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo" — CRF — 8.

OS EFEITOS DOS TÓXICOS:

"Olhos brilhantes, palavra fácil, excesso de movimentação, falta de autocrítica, desinibição, euforia, sensação de bem estar físico. Tal é o aspecto exterior do drogado. Isto externamente. Por dentro, as coisas são menos risonhas: o sistema nervoso central é atingido. Atuando sobre o cérebro, as drogas provocam a alteração do funcionamento de todo o organismo. O cérebro ordena o aceleramento do ritmo de trabalho dos aparelhos respiratório e circulatório, donde a sensação de bem-estar físico. Mas o coração e os pulmões desgastam-se, por serem obrigados a trabalhar num ritmo

mais intenso do que o normal. Isto acaba provocando problemas cardíacos.

O Dr. Edson Silveira, Professor de Medicina Legal da Faculdade de Ribeirão Preto — da USP — respondendo a pergunta: "Qual a sintomatologia da intoxicação causada pela maconha? respondeu da forma seguinte: "A intoxicação pela maconha através da ingestão de preparações medicinais, ou da resina da planta ou de partes do vegetal ou de seu extrato, ou ainda do ato de fumar cigarros preparados com folhas, flores e frutos de maconha. A sintomatologia da intoxicação não é específica, sendo muito diversas as impressões referidas por viciados e outras pessoas que tiveram experiências com esse tóxico. O mesmo acontece com os sinais observados ao exame, sem que algum deles seja característico desse tipo de intoxicação. De modo geral, o quadro apresentado pelo intoxicado na fase aguda é semelhante ao produzido pela intoxicação alcoólica. Cita o professor Thienes e Haley (Clinical Toxicology, 1964, 4ª ed. Lea & Febiger. Philadelphia. pág. 104) que descrevem o seguinte quadro:"

> "Disorientation and dissociation of personality are more frequent, however, than with alcohol. Emotionail excitement, uncontrolled laughter, hallucinations and illusions, a great distortion of the sense of time and acts of violence due to ideas of persecution are common. There is sometimes loss of motor control and often paresthesia. Amorous tendencies are described. The drug is sometimes taken deliberately to remove inhibitions and to give courage for a criminal or un social act".

Como se pode verificar, essa sintomatologia pode ser perfeitamente confundida com a da intoxicação alcoólica. Desorientação, excitação, risos incontrolados, alucinações, ilusões, tendências sexuais, atos de violência, idéias de perseguição, são sintomas que ocorrem na intoxicação alcoólica.

TÉCNICO ADVERTE SOBRE OS PERIGOS DA MACONHA

Neste mesmo sentido são as observações do Professor Guimarães Alves, Chefe do Serviço de Combate aos Tóxicos, que fez excelente explanação sobre a maconha, seus efeitos na pessoa humana e as causas que levam a juventude a viciar-se naquele tóxico, dizendo: "A maconha ou "Canabis Indica", ao lado de sessenta mil plantas entorpecentes, é um arbusto da família das "moraceas", de folhas serrilhadas e perfumadas flores, cujas sementeiras, empregadas na indústria de tintas e vernizes, possuem decantadas virtudes farmaceuticas. Não é geratriz de crime, pode ser, isto sim, ocasião para o crime, precipitando vocações, recompondo estruturas doentias, libertando o material patogeno, reabilitando velhas angústias, projetando complexos e fobias, numa autêntica ilusão química, semelhante àquela do ál-

cool ou outras do tabaco ou do charuto. Não cura ninguém e a ninguém pode fazer feliz. A seu respeito, há apenas uma propaganda inescrupulosa, provocativa, atrelada ao esforço internacional de industrialização do protesto jovem. Propaganda que forma apetites, que condiciona curiosidades, que inverte as razões e compromete as aleluias moças do entusiasmo pela vida.

Fala em seguida o Professor do Quadro Clínico apresentado pelos que usam a maconha: "As frustrações do afeto, ausência de esperança, falta de dialogo paterno, a instabilidade do adolescente, insegurança profissional e as lesões nervosas, além das débeis aquisições hereditárias unidas à técnica propagandística do imoral, de mitos e ídolos, na fartura de pão e na abundância de ociosidade, depara-se o jovem com o vício".

"Para os que debutam, náuseas e vômitos espasmódicos premiam-lhes a irreverência. Coceiras, fomes canibalicas, risos incontidos, aumento da força física, inspiração de fundo alucinatório, concepção euforística da vida, quebra dos escrúpulos excitação neuromuscular, instabilidade mental, sensação de crescimento desmensurado das mãos, dos pés e dos demais membros; flutuações espaciais, superestimação da libido e hiperestesia dos cinco sentidos, eis o quadro clínico da embriaguês pela maconha. Vale dizer que estas "viagens", deixam um resíduo de auto-destruição, de permanente desamor às virtudes, quebra dos modelos éticos, de fugas, de esquizootias e de exacerbamento das concepções". Descreve logo após o professor a pessoa do viciado nos seguintes termos: "Seus olhos ficam congestionados, as pupilas dilatadas e surge o horror à luz. Daí o uso generalizado de óculos escuros, mesmo em ambientes fechados, para furtar-se à denúncia do lacrimejamento, além do incômodo que a luz lhe causa (fotofobia); os olhos tremem, a língua se lhe empasta e seca, a saliva diminui e engrossa; há uma contração facial, hiptertensa; o coração descompassa o ritmo da sistole e da diastole. O maconhado possui ripersensibilidade tátil e grande sensibilidade à dor. É capaz de ingerir 3 kg de alimentos, numa assentada e tomar 4 litros de suco, dado o fenomeno da hipoglicemia (queda de açúcar no sangue). Finalmente, o que é mais triste, na somação de todos estes sintomas avulta a "mascara" da maconha, o facies do vício".

OS DIVERSOS MOTIVOS QUE LEVAM OS JOVENS A PENETRAR NO MUNDO DOS TÓXICOS

Os motivos que levam os adolescentes e adultos a penetrarem no mundo de sonho dos "paraísos artificiais", que se transforma depois num inferno para eles, são os mais diversos, e entre eles podemos anotar:

1º) — O vazio existencial, seguido de nostalgia;
2º) — A falta de diálogo paterno e familiar;
3º) — As causas econômicas;
4º) — As paixões contrariadas;
5º) — As perversões sexuais adquiridas na infância;
6º) — O desespero;
7º) — A curiosidade — espírito de imitação;
8º) — O poder contagiante do ambiente;
9º) — Desequilíbrios educacionais;
10º) — O proselitismo;
11º) — O hedonismo, ou a falsa idéia de que irá penetrar num mundo de prazeres, onde não há dor;
12º) — A falta de religião: O afastamento de Deus e dos princípios morais, leva o moço a penetrar em abismos;
13º) — Os defeitos físicos e seus decorrentes complexos;
14º) — A timidez e o medo de enfrentar a vida.

Muitas outras causas poderíamos anotar, mas a verdade é que os "venenos da inteligência" fazem diariamente novas conquistas a ponto da revista TIME afirmar que deixou de ser slogan publicitário a frase "viva melhor através da química" para transformar-se a mesma em maliciosa facécia para os jovens e dolorosa preocupação para seus pais e mestres. Está surgindo assim uma geração "Hippie", bem decalcada na peça "Hair", que nega todos os valores do mundo adulto, ridicularizando todos os sentimentos que todos nós mais prezamos, buscando destruir e ridicularizar tudo, sem contudo buscar construir nada de útil. Destruindo os valores morais da civilização, eles contudo nada tem para substituir aquilo que buscam destruir. Perdendo o senso crítico e o senso ético, a mocidade Hippie busca reviver os tempos de Sodoma e Gomorra, pois levada a amar e a praticar atos sexuais em jardins e praças públicas em plena luz do dia. E o que falar então dos festivais de "música, amor e maconha — marijuana"... Sinais dos tempos.

Analisando ainda, mais uma vez os motivos que levam adolescentes e adultos a se chafurdarem no mundo de lama das drogas, notamos que muitos que para ali adentram são jovens estudantes, de boas famílias, bem situadas na vida, e bem conceituadas no ambiente social onde residem. E as causas que os conduzem àquela triste situação, são cinco. As cinco causas apontadas não são frutos de solitária elocubração mental, mas sim o resultado de longa pesquisa e inúmeras entrevistas mantidas com pessoas diretamente ligadas ao mundo dos viciados, como também ao submundo dos traficantes de intorpecentes.

Primeira Causa: "FUGA DE PROBLEMAS" — É sem dúvida o principal caminho que conduz ao uso dos tóxicos. Estes problemas podem ser de ordem material, como de ordem moral ou espiritual.

Uma situação financeira, intricada, dívidas insolúveis, encargos insuportáveis, podem também levar o paciente ao suicídio, ou ao vício. Com os problemas e atribuições de caráter moral ou espiritual pode acontecer a mesma coisa: ideais tenazmente perseguidos à custa de privações, sacrifícios e lágrimas, que depois se desmoronam, esvaindo-se como miragens que não resistem ao confronto da realidade. Conhecemos casos de jovens que por terem sido reprovados nas escolas suicidaram-se. Outros por estes motivos enveredam-se para os tóxicos.

Segunda Causa: — "A CURIOSIDADE" — A Lenda de Pandora exprime bem o sentimento de curiosidade humana. Pandora a primeira mulher criada por Hefesto e provida de todos os dons, foi enviada aos homens munida de uma caixa, que segundo a lenda, encerrava todos os bens e todos os males. Aberta a caixa por Epimeteu (o primeiro homem), o seu conteudo espalhou-se pela terra, permanecendo no fundo apenas a Esperança". A curiosidade não seria pois privativa das mulheres, pois foi o homem quem "abriu a caixa dos segredos". A curiosidade é poderoso móvel da ação humana. Através dela é que se multiplicaram as descobertas e a civilização teve uma linha constante de evolução e progresso. A curiosidade de Eva, a fez apanhar a maçã e comê-la. Esta mesma curiosidade levou outros seres humanos à pesquisar, a inquirir. Lewin diz que a cola nítida da África Tropical, ou simplesmente a Kola faz desaparecer o cansaço, torna mais ativo o cérebro e repõe os músculos exaustos.

As bebidas sagradas dos Mares do Sul, como a "kavakava" de Fiji ou a ava do Havai, desanuviam realmente o cérebro recompondo suas idéias, tranquilizando a mente. Assim também encontramos o "pulque" na América Central, o kwass" na Rússia, o "paiuari" na Guiana Inglesa, o "cauim, o quimbembé" no Brasil e a "chica" na Bolívia. Por que razão as tribos mexicanas cercavam de tanto respeito e transformavam em objeto de culto religioso o "peyotl", considerado "a carne dos deuses".

A curiosidade sobre estas plantas medicinais e terapeuticas, ou alucinógenas é muito antiga e existiu sempre entre todos os povos. Massaru Yoshihara analisa esta curiosidade ontológica dos povos sobre o assunto dizendo: "A ingestão de teonanacalt ou cogumelos alucinógenos, principalmente psilocybe mexicana provoca de fato as fantásticas visões de que fala o Sr. Gordon Wasson? "As visões eram de cor intensa e maravilhosa". "No começo, motivos artísticos, como os que decoram tapetes, tecidos ou papéis de forrar paredes. / Depois se transformaram em palácios com patios arcadas e jardins. Resplendentes palácios incrustados em pedras semipreciosas. Vi em seguida um animal mitológico puxando uma carruagem real. Depois, foi como se as paredes de nossa casa tivessem dissipado e o meu espírito voasse; senti-me pairando no espaço a

contemplar trechos de montanhas, com caravanas de camelos galgando vagarosamente as encostas, a cordilheira erguendo flancos e mais flancos de encontro aos céus..."

Elsie Clews Parsons estudou a fundo os costumes dos zapotecas de Nitla e fala que eles se reuniam em lugares sossegados para se intoxicarem com o "ololiuqui" que tinha o condão de produzir efeitos divinatórios, além de deixar as pessoas bastante aéreas, desligada, bem distantes das preocupações do dia a dia. E a mescalina não fez o físico norte-americano Weir Mitchell assistir espetáculos encantados: "Estrelas, delicados fiapos de cor e em seguida uma abrupta invasão de incontáveis pontos de luz branca transpunham o campo visual, como se os milhões de astros jamais vistos da Via Lactea fluissem diante de meus olhos num rio de cintilações..." Linhas em ziguezegues, das mais deslumbrantes cores, ondulações maravilhosas de núvens das mais vivas cambiantes passavam e sumiam antes que eu pudesse enumerá-las".

Seria também verdadeira a orgia de visão que a mescalina provoca, conforme as afirmações de Aldous Huxley, em seu livro: "As Portas da Percepção"? As visões fantasmagóricas, revestidas de cores nunca imaginadas, conforme os relatos das auto-intoxicações pelos botões de mescal feitas por Havelock Ellis, na Inglaterra, por Alexandre Reuhier na França, e pelo doutor Beringer em seu laboratório de Heildelberg, na Alemanha, não poderíamos ser tentadas outra vez?

Porque a coca, desde os remotos tempos dos quechuas e aimarás, que constituiam a população do antigo Império Inca já era venerada por eles, como planta sagrada, que os filhos do sol davam aos homens para "satisfazer a fome, outorgar novo vigor aos cansados e aos fracos e fazer os infelizes se esquecerem de sua miséria? Continuaria a cocaína, como os miraculosos efeitos de apaziguar a fome, postergar a fadiga e reduzir as tensões a uma poeira que o vento leva embora?

Foi a curiosidade que levou De Quincey a se entusiasmar com os prazeres do ópio, entoando-lhe loas e louvores, a ponto de conversar com a droga, dizendo-lhe: "Tens as chaves do paraíso, ó justo, sutil e poderoso ópio"?

Causam também surpreendente admiração e curiosidade os relatos impressionantes de quantos se submeteram à intoxicação lisérgica. O LSD — 25, o mais potente de todos os alucinógenos e que foi casualmente descoberto por Hofmann, na Suiça, tem realmente a capacidade de fazer o homem mergulhar além da própria consciência, provocando-lhe um conhecimento mais amplo de si mesmo. Relata Hofmann, dentre suas experiências com pacientes, a impressionante experiência de um pintor que sob o efeito da poderosa droga tinha visões de monstro antidiluvianos, de muitas cabeças, patas diversas,

orelhas enormes, rabos como chicotes de fogo, etc... e após as visões tentava ele reproduzir nas telas, os monstros brigando ou amando, e daí ter "surgido quadros monstruosos" que ele não conseguia vender. Seria esta a droga "psicodélica" por excelência conforme a denominação proposta em 1957 pelo doutor Humphrey Osmand.

Estas descrições, estes relatos em livros e revistas especializadas, a exploração do assunto por "parte da Imprensa marrom", despertam a curiosidade entre os jovens estudantes". A imitação é outro terreno fácil para adquirir o vício. Sabemos que uma maçã podre dentro de uma caixa facilmente contaminará as outras. Assim o jovem viciado relata suas experiências aos amigos mais chegados e o induz a seguí-lo.

Terceira Causa: "LUXO" — "Para o rico "tudo é um mar de rosas", e os problemas da classe pobre não o assediam. Assim tendo tudo facilmente ao alcance da mão, porque o pai é rico, o jovem não se sente estimulado a trabalhar para conseguir aquilo que os pobres adquirem com esforço. Ele muitas vezes não ganha o suficiente nem mesmo para comprar um maço de cigarros, mas está guiando um luxuoso veículo que o papai lhe deu, pois o pai é rico. Então vem o tédio, a saturação, a "fuga da monotonia da vida burguesa", e o jovem levado pelos amigos, vai buscando os ambientes refinados, "chic" das boates, dos prazeres sexuais, e atrás disso tudo vem o álcool, os tóxicos, e quando se vê, está enveredado na teia do vício.

Quarta Causa: "DEPENDÊNCIA FÍSICA E PSÍQUICA" — A Toxicomania, pode ser conceituada como: "Um estado de intoxicação periódica ou crônica, nociva ao indivíduo e à sociedade, produzida pelo consumo repetido de uma droga, natural ou sintética". Este consumo repetido de drogas vai criando no indivíduo um jugo bastante servil, chegando a ponto de dominá-lo inteiramente. Depois de certo tempo de uso constante aquilo torna-se um hábito do organismo, como o é o fumo para o fumante inveterado e torna-se muito difícil, para o indivíduo dominar ou libertar-se do vício. Surge assim a figura do "subjugado", do "escravo do vício", do indivíduo que caminha a passos largos para o fim, para a sua destruição moral e física. Aparece a figura que os ingleses denominam de "drug-addict", expressão que traz à mente a idéia de uma substância causadora de "adição" (addictio, em Latim). Ao corpo do viciado está adicionado algo mais: a substância que o modifica e que o corpo reclama diariamente, e para sua satisfação o viciado é levado a roubar, e até mesmo a matar.

Recentemente, os jornais de "São Paulo" noticiaram o assassínio de uma enfermeira, por parte de um jovem, o qual ela viciara em drogas. A enfermeira, mulher sem escrúpulos "definida como

mulher de muitos amores", praticava abortos, traficava com tóxicos, e enredou em sua ação criminosa o jovem, dando-lhe tóxico de graça, a fim de viciá-lo, passando depois a exigir dinheiro, cada vez mais dinheiro para satisfazer o vício que ela tinha implantado. Desesperado, o jovem culminou por assassiná-la. O recente caso da "Família Mason", nos Estados Unidos, onde "Hippies", praticaram crimes hediondos que abalaram a opinião pública, foi tudo fruto de "psicotrópicos" e "alucinógenos". Drogados praticaram eles aqueles crimes noticiados pela imprensa do mundo todo. O problema pois é de caráter mundial. A Organização Mundial de Saúde revelou que no Japão, em 60 casos de homicídios, 31 dos criminosos eram dependentes de psicotrópicos.

Quinta Causa: "PERSONALIDADE PSICOPÁTICA" Finalmente, a última mais importante das causas catalogadas: A personalidade doentia dos viciados. Por contigências hereditárias e mesmo atávicas ou por circunstâncias ambientais, pode suceder que um estado psicótico incubado aflore e venha à tona.

Os agentes dessa problemática de ordem mundial, têm um nome comum: drogas, tóxicos. E vários outros específicos: maconha, cocaína, morfina, psicotrópicos e LSD.

O famoso toxilogista alemão LOUIS LEWIN as classificou em 1924 em cinco categorias: "EUPHORICA", "PHANTASTICA", "INEBRIANTIA, HYPNOTICA" e "EXCITANCIA". Há mais de uma dezena de classificação para os "psicotrópicos" (substâncias que mudam o estado da mente). Em excelente trabalho o aluno da Faculdade de Direito de Tupã, José dos Santos Bexiga, citando os professores Vladimir Bernik e Roberto Antonini, diz que os psicotrópicos podem ser classificados em:

1°) — Psicolépticos (tranquilizantes ou sedativos);
2°) — Psicoanalépticos (antidepressivos ou excitantes);
3)° — Psicodislpépticos (alucinógenos ou despersonalizantes).

SEDATIVOS: — PSICOLÉPTICOS:

Compreendem muitas dezenas de drogas, usadas em medicina, mas sob a prescrição e responsabilidade do médico. Entre os diversos os mais conhecidos são os seguintes: barbitúricos, barbital, seconal, luminal, amital, etc... e os não-barbitúricos — doriden e outros.

Quando usados prolongadamentet, os sedativos podem provocar:

— desordem na fala;
— perda de equilíbrio e quedas;
— agressividade;
— baixa da pressão arterial;
— morte "por paralisia do centro respiratório".

EXCITANTES — PSICOANALÉPTICOS

A cocaína é obtida sinteticamente ou pela retirada da erytroxilon, planta nativa da Bolívia ou do Peru.

A Benzedrina — tem ação mais poderosa sobre o sistema nervoso central que todos os medicamentos excitantes. Em medicina é usada na narcolépsia e na encefalite crônica.

Com o nome de "Pervertin" e outros, os excitantes são empregados sob a forma de "bolinha" e ingeridos pelos dependentes com o propósito de adquirir as forças perdidas pelo uso de tnorpecentes. É um mal usado para adquirir o mal adquirido. O uso de excitantes conduz: a excitação, ao tremor muscular, à midríase, à insônia, ao aumento da pressão arterial e às síncopes cardíacas.

NARCÓTICOS — PSICODISLÉPTICOS:

O ópio é extraído do exsudado leitoso proveniente das capsulas da semente verde da papaversomniferum", conhecida como papoula, cultivada em grande escala na Turquia, Pérsia, Egito, Índia e China. O suco leitoso depois de seco ao ar livre, constitui uma massa pardacenta e pastosa, que dá origem à industrialização.

Há alcalóides naturais (morfina, codeína, tebaína) e sinstéticos (heroína, dionina, dilandid). A morfina exerce ação narcótica no homem, e é usada para ser aplicada, em Medicina, em doentes graves, com dores constantes, pois produz sono profundo.

ALUCINÓGENOS — PSICODISLÉPTICOS:

São substâncias psicodislépticas capazes de despersonalizar os dependentes. Entre outras podem ser citadas:

MESCALINA
PSICOCIBINA
DMT
MACONHA
LSD 25.

MESCALINA: — É o princípio ativo existente no "peyot cactus" do México, é 4.000 vezes menos potentedo que o LSD.

PSICOCIBINA: — É o princípio ativo do cogumelo mágico, usado nos rituais religiosos dos indígenas mexicanos.

DMT (Dimetiltriptamina) alucinógeno extremamente forte, porém com efeito de curta duração (cerca de meia hora).

MACONHA: — É conhecida por diversos nomes "Cannabis Sativa", mariguana, haxixe (assassino) diamba, liamba, baga, bhang, charas etc... Em cada país tem um nome, variando muito sua denominação, mas a erva é da mesma origem. A maioria dos seus

ingredientes ativos, com ação terapeutica, já conhecida dos antigos é encontrada na exsudato resinosa existente nos brotos da variedade fêmea, durante a inflorescência. A variedade macho fornece as fibras de cânhamo, utilizadas na indústria de tecidos. A fêmea provoca inúmeras discussões e ainda não são de todo conhecidos os seus efeitos alucinógenos.

LSD (Luserg Saure Diathylamid) isto é dietilamida do ácido lisérgico, apareceu em consequência de uma enfermidade vulgarmente como a "doença de Santo Antão", cujos sintomas e sinais eram os seguintes: "frio intenso, nas mãos e nos pés acompanhado de sensação de formigamento. A engortina apareceu o componente básico: o ácido lisérgico. É muito potente, cem microgramas seriam capazes de produzir alucinação durante cerca de 24 horas.

Entre os diversos efeitos assinalados pela ingestão do LSD, os seguintes efeitos têm sido mais frequentemente notados: Midríase: aumento da pressão arterial e da frequência cardíaca — Hiperglicemia (aumento do açúcar no sangue). Tremores musculares, suor nas mãos, pânico, impulsos violentos e suicidas.

Falando do suicídio diz o Dr. Victor Frankl, Diretor da Policlínica Neurológica da Universidade de Viena: "Os suicídios, se observam em grande número diz ele, pelo abuso constante de alucinógenos, não em época de guerra e de penúria, mas em ocasião de paz e de fartura. Quando todas as necessidades materiais estão satisfeitas, o homem sente o vazio existencial. Frustrado, busca a fuga na libido (sexo), na sociedade e na política. Não consegue a realização existencial e deserta da vida. Casos há em que o suicídio é inconsciente".

O homem busca sempre um refúgio, seja na arte, na literatura, na música, no álcool, no sexo ou trabalhando e se agitando todas as horas de sua existência evitando "não ter o que fazer". Ferri, já assinalou em frase cérebre que "a mente desocupada é a oficina do Diabo".

O Doutor Edevaldo Alves da Silva que tem escrito diversos artigos sobre o "Comércio e Uso de Tóxicos", em trabalho publicado na "Tribuna da Justiça", de 3 de fevereiro de 1971 a fls. 2, diz o seguinte: "O decreto-lei 891 aprovou uma lei de Fiscalização de Entorpecentes. Procurou o diploma colocar a legislação brasileira de acordo com as convenções de países estrangeiros, e, assim, dividiu as substâncias inebriantes em dois grupos:

Primeiro grupo:

1 — O ópio bruto, o ópio medicinal, e suas preparações, exceto o elixir paregórico e o pó de Dôver.

2 — A morfina, seus sais e preparações.

3 — A diacetilmorfina, damorfina (heroína) seus sais e preparações.

4 — A dihidromorfina, seus sais (Dilaudide) e preparações

5 — A dihidrocodeinona, seus sais (dicodide) e preparações.

6 — A dihidro-oxicodeinona, seus sais (Eucodal) e preparações.

7 — A tebaina, seus sais e preparações.

8 — A acetilo-dimetio-dihidrotebaina, seu sais (Acedicona) e preparações.

9 — A benzilmorfina, seus sais (peronima) e preparações.

10 — A dihidromorfina, seus sais (Paramorfan) e preparações.

11 — A N-orimofrina (Genomorfina) e preparações.

12 — Os compostos N-osimorfinicos, assim como outros compostos morfínicos de azoto, pentavalente e preparações.

13 — As folhas de coca e preparações.

14 — A cocaína, seus sais e preparações.

15 — A ecgonina, seus sais e preparações.

16 — O Cânhamo, "canabis sativa" e variedade indica (maconha, meconha, diamba, liamba e outras denominações).

17 — As preparações com um equivalente em morfina superior a Og,20 por cento, ou em cocaína superior a Og,10 por cento.

Segundo grupo:

1 — A etimorfina e seus sais (dionina).

2 — A metilmorfina (e seus sais — dionina).

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Brasil como outros países da América Latina, tem procurado através de suas leis, deter este processo de deformação social e etnica, buscando acompanhar tudo o que se discute e estabelece em Convenções Internacionais sobre o assunto, dado que o "Tráfico Clandestino de Tóxicos", é problema mundial, pois os traficantes, mantem uma rede que tem meandros em diversos países. Daí uma ação conjunta mais eficaz para desarticulá-los.

Ainda é Edevaldo Alves da Silva, no mesmo artigo que nos explica:

Em 1915 era expedido no Brasil o primeiro decreto (11.481) que ratificava uma Convenção, a de Haia, resultante da necessidade de narcóticos. Entretanto, só em 1921, o decreto 4.294 estabelecia o primeiro ato jurídico de efeito interno com a finalidade de reprimir o comércio clandestino dos entorpecentes.

A Convenção de Genebra de 1925 seguiu-se o Decreto nº 22.950 de 1933; às de 1931 e 1936 da mesma cidade, seguiram-se respectivamente os decretos 113, de 1934, e o 2.994, de 1938, todos com finalidades ratificadoras dos tratados.

Porém a 11 de janeiro de 1932, a 29 de junho de 1934, a 25 de novembro de 1938 e a 26 de dezembro de 1968 foram expedidos outros diplomas legais repressivos ou disciplinadores da matéria, através dos decretos 20.930, 24.505, 891 (este último alterado pelo Código Penal) e 385.

Assim temos, um preciso e breve histórico sobre a legislação específica de Entorpecentes no Brasil.

OS CONCLAVES INTERNACIONAIS SOBRE TÓXICOS

Copiar Fls. 14, 15 e 16.

CRF — Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo. História dos Tratados:

A Comissão de Ópio de Shangai (1909). Até fls. 12, 13. Produz no indivíduo.

Depois:

Ainda agora instalou-se em Viena — Áustria, em 12 de janeiro de 1971, sob os auspícios da ONU um conclave onde representantes de 50 Nações debatem o "Controle de Tóxicos". Vemos assim a importância que o assunto assume no mundo moderno.

Fls. 17 — 18.

CONCLUSÕES

Após tudo o que vimos, podemos perguntar o seguinte: Deve ser tratado do ponto de vista penal da mesma forma o traficante, o inescrupuloso intermediário que busca escravizar a alma e destruir o corpo do jovem inexperiente e o viciado? De um modo geral, repugna à consciência dos Juízes de Direito condenarem o viciado, apenas porque adquiriu o vício levado pela sua inexperiência da vida ou por causa da sua pouca idade e do seu discernimento para enfrentar os problemas do mundo e da sociedade? Este é um doente. O toxicômano é um doente. Ele pensa e sofre como doente, e o vício que está dentro dele como um tumor moral, tão grave como o câncer, precisa ser extirpado com o auxílio, compreensão, conselho, remédios, enfim com tratamento Psicológico e Psiquiátrico adequado.

Ele já é uma dupla vítima: vítima do vício e vítima do traficante, ou de uma rede de traficantes. Colocá-lo pura e simplesmente na cadeia será torná-lo vítima uma terceira vez, pois, o jovem, quase sempre, oriundo de famílias bem formadas, vai, na cadeia entrar em contacto com criminosos e marginais de toda espécie, e poderá se corromper ou seguir as trilhas do crime.

Se socorrido a tempo poderá ser salvo.

Esta é a minha tese: Como doente ele merece um maior cuidado, e o remédio não será a prisão, mas a "Medida de Segurança" compulsória de "Internamento pelo prazo de Seis" meses em estabelecimento adequado à sua recuperação. Se rico, se a família tiver posses o viciado será internado compulsoriamente decorrendo os gastos por conta da família. Se pobre, por conta do governo. Após a sua recuperação clínica estaria ele sujeito a outra medida de Segurança, qual seja "Liberdade Vigiada" pelo prazo de um ano, com a obrigação de se submeter mensalmente a exames médicos por peritos (funcionários estatais) nomeados pelo Juiz, com a obrigação de provar por meio de atestados mensais ao MM. Juiz que não está mais dominado seja física ou psiquicamente pelo vício e deverá durante este período de observação ter emprego condizente, ou estudar.

Tratar da mesma forma, viciado e traficante, como faz a nossa Legislação atual no Decreto 385, é injusto e desumano, pois enquanto o traficante merece castigo exemplar o viciado, merece auxílio, compreensão, conselho, tratamento especializado.

Os meios aventados para evitar a propagação do mal já foram muitas vezes aconselhados:

Maior vigilância de pais e mestres.

Maior cuidado por parte das autoridades encarregadas da proteção ao menor.

Criação de um Corpo Especializado Federal de Delegados e Investigadores, com profundos conhecimentos sobre o assunto. Maior entrosamento entre as Polícias das Américas, na repressão aos Tóxicos no Continente, fiscalização das fronteiras etc...

Somente assim, criando-se entre governantes e governados a Consciência da gravidade do problema poderá ele ser resolvido satisfatoriamente e poderá a mocidade ficar afastada do mal que o vício representa para alcançarmos afinal um mundo de Visão Kardeciana.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES.

PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Damásio E. de Jesus
Promotor Público

1. A PRESCRIÇÃO NO REGIME DO CÓDIGO PENAL DE 1940
   - 1.1 O sistema legal.
   - 1.2 Prescrição da pretensão punitiva.
   - 1.3 Prescrição da pretensão executória.
   - 1.4 Princípio excepcional da prescrição da pretensão punitiva.
   - 1.5 Prescrição retroativa: a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal.
2. TENTATIVAS DE INOVAÇÃO LEGISLATIVA. A LEI NOVA.
   - 2.1 O Anteprojeto de Código Penal. O Código Penal de 1969. O Projeto de Lei n. 1.457, de 1973. A Lei n. 6.016, de 31.12.73.
   - 2.2 O Projeto de Lei n. 2, de 1977. A lei nova.
3. A PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO REGIME DA LEI N. 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977.
   - 3.1 A disciplina legal.
   - 3.2 As formas de prescrição diante da lei nova.
   - 3.3 O art. 110, § 1º, do Código Penal.
   - 3.4 Princípios que regem a prescrição retroativa.
   - 3.5 Efeitos da condenação.
   - 3.6 Efeitos da prescrição retroativa.
4. CONCLUSÕES
   - 4.1 Conclusões específicas.
   - 4.2 Conclusão genérica.

1. A PRESCRIÇÃO NO REGIME DO CÓDIGO PENAL DE 1940.

1.1 *O sistema legal*

Nos termos do art. 108, IV, primeira figura, do CP, a prescrição constitui causa de extinção da punibilidade. A prescrição faz desaparecer o direito de o Estado exercer o "jus persequendi in juditio" ou o "jus punitionis", subsistindo o crime em todos os seus requisitos. Se a prescrição ocorre depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, esta subsiste com seus efeitos secundários, como, p.ex., o de forjar a reincidência. Se a prescrição ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, vindo o sujeito a cometer novo crime, não é considerado reincidente, pois falta o pressuposto da recidiva (sentença condenatória anterior com trânsito em julgado).

Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio (Francesco Carnelutti, "Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano", 1951, vol. 1º, pág. 7). Com a prática do delito, o direito de punir do Estado, que era abstrato, transforma-se em concreto, formando-se a relação jurídico-punitiva. Surge um conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do agente. O Estado é, então, titular da pretensão punitiva, adquirindo o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo ao fato cometido pelo delinqüente. E faz isso através da ação penal, em que a acusação é a dedução em juízo da pretensão punitiva, tendo por objeto imediato o julgamento da própria pretensão punitiva, a prestação jurisdicional, e por objeto mediato a imposição da sanção penal prevista no preceito secundário da norma penal. Pretensão punitiva é, pois, a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao poder-dever de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação, que tem duas finalidades: objetiva o julgamento da pretensão punitiva e a imposição da sanção penal. Transitando em julgado a sentença condenatória, o direito de punir concreto transforma-se em "jus punitionis", convertendo a pretensão punitiva em pretensão executória: exigência de execução da sanção penal concretizada na sentença. O Estado adquire o poder-dever de executar a pena imposta na sentença.

Assim, antes de a sentença final transitar em julgado o Estado é titular da pretensão punitiva. Tem o direito de acionar o Poder Judiciário no sentido de aplicar a lei penal ao fato cometido pelo delinqüente. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória o Estado se torna titular da pretensão executória, adquirindo o direito de executar a sanção. O decurso do tempo incide sobre as duas formas de pretensão. Daí falar-se em:

a) prescrição da pretensão punitiva;

b) prescrição da pretensão executória.

Na prescrição da pretensão punitiva (chamada impropriamente de prescrição da ação) o decurso do tempo faz com que o Estado perca o direito de punir no tocante à pretensão de o Poder Judiciário julgar a lide e aplicar a sanção abstrata. Não se trata de o Estado perder o direito de ação, pois a prescrição atinge imediatamente o "jus puniendi", ao contrário do que ocorre com a perempção e a decadência, que primeiro atingem o direito de ação, para, depois, por via indireta, atingir o direito de punir.

Na prescrição da pretensão executória (chamada impropriamente de prescrição da condenação) o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória.

A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes de a sentença final transitar em julgado. Suponha-se que um sujeito cometa um crime de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*), não se descobrindo a autoria. Se o Estado, dentro de quatro anos, não exercer o "jus persequendi in juditio", opera-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Aplica-se o disposto no art. 109 do CP.

A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Suponha-se que o agente tenha sido condenado irrecorrivelmente a três meses de detenção pela prática de lesão corporal leve. Se o Estado não iniciar a execução da pena dentro de dois anos opera-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória. Aplica-se o disposto no art. 110 do CP.

1.2 *Prescrição da pretensão punitiva*

Nos termos do art. 109 do CP, "a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parágrafo único do art. 110, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se" em determinados prazos.

É regulada pela pena abstrata cominada na lei penal incriminadora. O prazo prescricional varia de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa de liberdade. Para saber qual o prazo de prescrição da pretensão punitiva devemos verificar o limite máximo da pena imposta "in abstrato" no preceito sancionador e enquadrá-lo num dos incisos do art. 109 do CP.

Para efeito de contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva são levadas em conta as causas de aumento e de diminuição da

pena. Assim, se o agente praticou furto simples (art. 155, *caput*), o prazo prescricional é de oito anos (art. 109, IV). Se, porém, praticou furto qualificado pelo repouso noturno (art. 155, § 1°), em que a peça abstrata é aumentada de um terço, o máximo da sanção privativa de liberdade é de cinco anos e quatro meses de reclusão, ocorrendo a prescrição em doze anos (art. 109, III). O mesmo ocorre incidindo causa de diminuição da pena. Ex.: tentativa (art. 12, parágrafo único). Não incide, porém, o aumento da pena do concurso formal e do crime continuado (CP, art. 51, §§ 1° e 2°), pois se não houvesse o concurso ou o nexo de continuidade a prescrição seria regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada a cada delito, sem o acréscimo legal. Como o concurso formal e o crime continuado ensejam causas de diminuição da pena, entende-se que não devem prejudicar o agente no caso da prescrição.

1.3 *Prescrição da pretensão executória.*

Nos termos do art. 110, *caput*, do CP, a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no art. 109, os quais se aumentam de um terço se o condenado é reincidente.

Enquanto o prazo prescricional da pretensão punitiva é regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, o prazo de prescrição da pretensão executória é regulado pela quantidade da pena imposta na sentença condenatória, variando de acordo com os prazos fixados nos incisos do art. 109.

1.4 *Princípio excepcional da prescrição da pretensão punitiva*

Nos termos do que dispõe o art. 109, *caput*, do CP de 1940, a prescrição da pretensão punitiva (prescrição da ação penal), salvo a exceção do art. 110, parágrafo único, é regulada pelo máximo da sanção privativa de liberdade. Assim, de acordo com a regra, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, é regulada pela pena "in abstrato". Excepcionalmente, mesmo antes de a sentença condenatória transitar totalmente em julgado, a prescrição é regulada pela pena "in concreto". Isso ocorre quando a sentença condenatória transita em julgado para a acusação, sendo interposto recurso pelo réu. Se a acusação não recorreu, significa que se contentou com a quantidade da pena cominada na sentença. A pena será mantida, reduzida ou absolvido o recorrente. Então, não há motivo para a prescrição continuar a ser regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade, em face do que a prescrição, daí por diante, é regulada pela pena concretizada na sentença. Como diz Francisco Uchoa de Albuquerque, "é compreensível que o apenado se beneficie com a redução do prazo prescri-

cional, regulado pela pena concretizada na sentença de que somente ele recorreu, pois, não tendo havido recurso da acusação, sabe-se de antemão, que a sentença jamais será reformada para aumentar a pena. Por essa razão, a pena imposta pode, desde já, servir de critério para regular a prescrição, embora a sentença que a determinou ainda não tenha transitado em julgado. Evidentemente, só haveria possibilidade de se modificar a pena "in pejus" se houvesse recurso da acusação" ("A prescrição da pena em concreto com efeito retroativo", *in* "Revista do Ministério Público do Ceará", 1976, vol. I, pág. 28).

Então, a pena concreta passa a constituir o máximo que poderá ser imposto definitivamente ao réu. Se ele praticou crime de lesão corporal leve e foi condenado a seis meses de detenção, terá as seguintes alternativas favoráveis na decisão do Tribunal: redução da pena, manutenção da sentença ou absolvição. A pena, diante da inexistência de recurso da acusação, não poderá ser agravada. Diante disso, temos a seguinte situação: antes de a sentença transitar em julgado para a acusação a prescrição era regulada pelo máximo da pena que poderia ser imposta ao réu; condenado este, e não tendo recorrido aquela, o máximo agora é a pena de seis meses de detenção. E, como o parágrafo citado usa a expressão "depois de sentença condenatória", isso quer dizer que *a partir* da condenação o prazo prescricional da pretensão punitiva passa a ser regulado pela pena concreta.

1.5 *Prescrição retroativa: a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal*

O Supremo Tribunal Federal, na Súmula n. 146, entende que "a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação". Significa: quando não há recurso da acusação, a pena concretizada na sentença tem efeito de regular a prescrição da pretensão punitiva, a partir de seus termos iniciais. O prazo regulado pela pena concreta é contado retroativamente e não a partir da publicação da sentença condenatória. Exemplo: O réu praticou um crime de lesão corporal leve, vindo a ser condenado a três meses de detenção, proferindo o juiz a sentença dois anos e seis meses após a data do recebimento da denúncia. O réu recorre, não havendo recurso do órgão do Ministério Público. Como a pena é de três meses de detenção, o prazo prescricional é de dois anos (artigo 109, inciso VI, do Código Penal). Como entre o recebimento da denúncia e a sentença decorreram mais de dois anos, entende o Supremo Tribunal Federal que quando o juiz proferiu a sentença já havia ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. Entende-se, ainda, que a prescrição retroativa faz desaparecer a sentença condenatória e seus efeitos, pois, quando o juiz proferiu a decisão, o Estado já havia perdido o "jus puniendi".

Posteriormente, porém, modificou seu entendimento, permitindo a contagem entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a data da publicação da sentença.

3. *A Súmula 146 é aplicável aos casos de condenação imposta em segunda instância.*

A Excelsa Corte, para a incidência da Súmula 146, exigia sentença condenatória de primeiro grau. Em face disso, a pena que regia a contagem retroativa era somente a imposta em primeira instância. Assim, não era aplicada a Súmula quando, absolvido em primeira instância, era o réu condenado pelo Tribunal em face de recurso de ofício ou da acusação.

Atualmente, porém, o recurso do Ministério Público contra a sentença absolutória não constitui impedimento ao efeito retroativo sumular. O Supremo Tribunal Federal entende que "o recurso oposto pela acusação à sentença absolutória de primeira insttância não é aquele que o texto da Súmula prevê como fator impeditivo da prescrição que determina" (Habeas Corpus n. 52.947 — SP — 7.3.75 — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 11.4.75, págs. 2.302 e 2.303).

4. *Para efeito de aplicação da Súmula 146 pode ser considerada a pena reduzida em segunda Instância, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da sanção imposta na sentença condenatória.*

Era pacífico o entendimento de Pretório Excelso no sentido de exigir, para a aplicação de princípio da prescrição retroativa, pena concretizada em primeiro grau, não admitindo que o Tribunal considerasse a pena por ele reduzida. Diante da nova orientação, porém, o prazo prescricional pode ser regulado pela pena reduzida pelo Tribunal ao apreciar a condenação, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da sanção.

5. *O recurso da acusação que visa ao agravamento da pena impede a aplicação do princípio sumular.*

Somente o recurso da acusação contra a sentença condenatória visando ao agravamento da pena constitui obstáculo à incidência da Súmula 146. Vê-se que não impede a prescrição retroativa o recurso do Ministério Público que visa exclusiva e expressamente a obstacular o princípio sumular. Nesse procedimento existe confissão de que a acusação está satisfeita com a quantidade da pena imposta, motivo pelo qual a prescrição não pode ser mais regulada pelo máximo da cominação abstrata. Não impede, também, a aplicação sumular a apelação do Ministério Público que, não pretendendo agravar a pena, visa

cional, regulado pela pena concretizada na sentença de que somente ele recorreu, pois, não tendo havido recurso da acusação, sabe-se de antemão, que a sentença jamais será reformada para aumentar a pena. Por essa razão, a pena imposta pode, desde já, servir de critério para regular a prescrição, embora a sentença que a determinou ainda não tenha transitado em julgado. Evidentemente, só haveria possibilidade de se modificar a pena "in pejus" se houvesse recurso da acusação" ("A prescrição da pena em concreto com efeito retroativo", *in* "Revista do Ministério Público do Ceará", 1976, vol. I, pág. 28).

Então, a pena concreta passa a constituir o máximo que poderá ser imposto definitivamente ao réu. Se ele praticou crime de lesão corporal leve e foi condenado a seis meses de detenção, terá as seguintes alternativas favoráveis na decisão do Tribunal: redução da pena, manutenção da sentença ou absolvição. A pena, diante da inexistência de recurso da acusação, não poderá ser agravada. Diante disso, temos a seguinte situação: antes de a sentença transitar em julgado para a acusação a prescrição era regulada pelo máximo da pena que poderia ser imposta ao réu; condenado este, e não tendo recorrido aquela, o máximo agora é a pena de seis meses de detenção. E, como o parágrafo citado usa a expressão "depois de sentença condenatória", isso quer dizer que *a partir* da condenação o prazo prescricional da pretensão punitiva passa a ser regulado pela pena concreta.

1.5 *Prescrição retroativa: a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal*

O Supremo Tribunal Federal, na Súmula n. 146, entende que "a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação". Significa: quando não há recurso da acusação, a pena concretizada na sentença tem efeito de regular a prescrição da pretensão punitiva, a partir de seus termos iniciais. O prazo regulado pela pena concreta é contado retroativamente e não a partir da publicação da sentença condenatória. Exemplo: O réu praticou um crime de lesão corporal leve, vindo a ser condenado a três meses de detenção, proferindo o juiz a sentença dois anos e seis meses após a data do recebimento da denúncia. O réu recorre, não havendo recurso do órgão do Ministério Público. Como a pena é de três meses de detenção, o prazo prescricional é de dois anos (artigo 109, inciso VI, do Código Penal). Como entre o recebimento da denúncia e a sentença decorreram mais de dois anos, entende o Supremo Tribunal Federal que quando o juiz proferiu a sentença já havia ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. Entende-se, ainda, que a prescrição retroativa faz desaparecer a sentença condenatória e seus efeitos, pois, quando o juiz proferiu a decisão, o Estado já havia perdido o "jus puniendi".

É a chamada *prescrição retroativa*.

Exemplo mais pormenorizado:

Um sujeito pratica crime de lesão corporal leve no dia 5 de maio de 1976. Como o máximo da pena privativa de liberdade é de um ano (artigo 129, *caput*), a prescrição da pretensão punitiva (prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, prescrição da ação penal) ocorre em quatro anos (artigo 109, inciso V). De modo que, se o Promotor Público não oferecer denúncia até o dia 4 de maio de 1980, não mais poderá fazê-lo, diante da prescrição. Ocorre que o processo se tem por instaurado no dia 3 de outubro de 1976. O recebimento da denúncia interrompe o curso da prescrição da pretensão punitiva. Interrompida a prescrição, todo o prazo recomeça a ser contado por inteiro. De modo que a partir de 3 de outubro de 1976 vamos recomeçar a contar o prazo de quatro anos. O juiz deve proferir a sentença até 2 de outubro de 1980. Se não o fizer, não mais poderá fazê-lo; diante da prescrição (que continua a ser contada pelo máximo da pena privativa de liberdade). Acontece que o juiz condena o réu a três meses de detenção no dia 10 de novembro de 1978. O réu recorre e a sentença transita em julgado para o órgão do Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal, aplicando a Súmula 146, orienta-se no sentido de que o tribunal estadual, a quem o réu recorreu, deve decretar a extinção da punibilidade pela aplicação retroativa da prescrição da pretensão punitiva, nos termos seguintes: como o réu foi condenado a três meses de detenção, isso significa que essa era a quantidade de pena que deveria regular a prescrição desde o início. Ora, se a pena é de três meses de detenção, inferior a um ano, então a prescrição ocorre em dois anos (artigo 109, inciso VI). O processo foi instaurado no dia 2 de outubro de 1978 (dois anos a partir da instauração do processo). Dessa forma, quando o juiz condenou o réu (10 de novembro de 1978), o Estado já havia perdido o poder-dever de punir, atingido pela prescrição da pretensão punitiva.

Aplicando o princípio sumular, a Excelsa Corte, salvo votos isolados, passou a aceitar todas as suas conseqüências lógicas. A partir de 1970, porém, houve um movimento no sentido de restringir o seu alcance, exigindo-se os seguintes requisitos para a sua aplicação:

1º — sentença condenatória de primeiro grau;

2º — existência de recurso da defesa e inexistência de recurso da acusação;

3º — possibilidade de contagem do prazo somente entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória.

Ficou mantido o princípio da extinção da punibilidade pela aplicação retroativa da prescrição da pretensão punitiva restrita a deter-

minados requisitos, não podendo ser ampliado: "Como entendo que a Súmula é errada, e tendo que me submeter a ela, não amplio o erro — fico no erro, mas não vou além dele" (Ministro Luiz Gallotti, "Revista Trimestral de Jurisprudência", 59/893, citação de Nílson Vital Naves, *in* "O Supremo Tribunal Federal e o Princípio da Prescrição pela Pena em Concreto", "Revista dos Tribunais", 472/287; "Justitia", vol. 88, pág. 290).

A prescrição retroativa, diante da restrição, não podia ser aplicada nos casos seguintes:

1º — existência de recurso da acusação, provido ou improvido;
2º — inexistência de recurso do réu;
3º — prazo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia;
4º — absolvição em primeiro grau e condenação no Tribunal;
5º — pena atenuada em segunda instância.

Essa orientação, segundo informa Nílson Naves, vigorou com certa tranqüilidade de meados de 1972 até final de 1974 (artigo citado, págs. 289 e 292, respect), quando a Excelsa Corte, com dois novos Ministros (Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra), reviveu os debates a respeito do assunto, inclinando-se no sentido liberal.

Atualmente, é a seguinte a orientação do Supremo Tribunal em face do art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940 e da Súmula 146:

1. *A ausência de recurso do réu não impede a aplicação da Súmula 146.*

O Supremo Tribunal Federal entendia que um dos requisitos para a aplicação da Súmula 146 era a existência de recurso do réu. No RHC n. 52.432, o Pretório Excelso, em 22.10.75, em sessão plenária, decidiu que o recurso do réu é desnecessário para a incidência da prescrição sumular retroativa. O fundamento já constava de voto do Min. Bilac Pinto, que "não vislumbrava na ausência de recurso da defesa um meio de afastar a incidência da Súmula, pois textualmente ela não o reclama" (Habeas Corpus n. 50.967, DJU. de 7.12.73, cit. de Vital Naves, revs. cits., págs. 289 e 293, respectivamente).

2. *O prazo prescricional sumular pode ser contado entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a da publicação da sentença condenatória.*

O Pretório Excelso entendia que a contagem do prazo prescricional, nos termos da Súmula 146, só podia ser feita entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, vedada a contagem entre a data do fato e a do recebimento da peça vestibular da ação penal.

Posteriormente, porém, modificou seu entendimento, permitindo a contagem entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a data da publicação da sentença.

3. *A Súmula 146 é aplicável aos casos de condenação imposta em segunda instância.*

A Excelsa Corte, para a incidência da Súmula 146, exigia sentença condenatória de primeiro grau. Em face disso, a pena que regia a contagem retroativa era somente a imposta em primeira instância. Assim, não era aplicada a Súmula quando, absolvido em primeira instância, era o réu condenado pelo Tribunal em face de recurso de ofício ou da acusação.

Atualmente, porém, o recurso do Ministério Público contra a sentença absolutória não constitui impedimento ao efeito retroativo sumular. O Supremo Tribunal Federal entende que "o recurso oposto pela acusação à sentença absolutória de primeira instância não é aquele que o texto da Súmula prevê como fator impeditivo da prescrição que determina" (Habeas Corpus n. 52.947 — SP — 7.3.75 — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 11.4.75, págs. 2.302 e 2.303).

4. *Para efeito de aplicação da Súmula 146 pode ser considerada a pena reduzida em segunda Instância, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da sanção imposta na sentença condenatória.*

Era pacífico o entendimento de Pretório Excelso no sentido de exigir, para a aplicação de princípio da prescrição retroativa, pena concretizada em primeiro grau, não admitindo que o Tribunal considerasse a pena por ele reduzida. Diante da nova orientação, porém, o prazo prescricional pode ser regulado pela pena reduzida pelo Tribunal ao apreciar a condenação, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da sanção.

5. *O recurso da acusação que visa ao agravamento da pena impede a aplicação do princípio sumular.*

Somente o recurso da acusação contra a sentença condenatória visando ao agravamento da pena constitui obstáculo à incidência da Súmula 146. Vê-se que não impede a prescrição retroativa o recurso do Ministério Público que visa exclusiva e expressamente a obstacular o princípio sumular. Nesse procedimento existe confissão de que a acusação está satisfeita com a quantidade da pena imposta, motivo pelo qual a prescrição não pode ser mais regulada pelo máximo da cominação abstrata. Não impede, também, a aplicação sumular a apelação do Ministério Público que, não pretendendo agravar a pena, visa

a alterar parte da sentença, como, por exemplo, a cassação do *sursis* concedido ao réu.

A questão do recurso da acusação exige esclarecimentos.

É certo que o Pretório Excelso vem entendendo que o princípio sumular pode ser aplicado em casos de condenação imposta em segunda instância. Na hipótese permitida, o réu é absolvido em primeiro grau e condenado no Tribunal, em face de recurso de ofício ou da acusação. A condenação, então, surge apenas em segunda instância, não sendo mesmo correto fazer-se distinção entre sentença condenatória e acórdão condenatório. Na hipótese em tela, porém, há condenação de primeiro grau e recurso do Ministério Público visando ao agravamento da pena.

É certo, também, que o Pretório Excelso vem entendendo que para efeito de aplicação da Súmula 146 pode ser considerada a pena reduzida em segunda instância. De ver-se, porém, que nos casos examinados pelo Supremo Tribunal Federal havia somente recurso da defesa (RECr. n. 79.026 — SP — 1a. Turma, em 17.2.76 — v. un. — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 26.3.76, pág. 2.034; RECr. n. 81.934 — SP — 1a. Turma, em 17.2.76 — v. un. — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 26.4.76, pág. 2.734). Daí entender-se que o recurso da acusação visando à agravação da pena impede a aplicação desse princípio.

O Pretório Excelso vem afirmando que "o recurso oposto pela acusação à sentença absolutória de primeira instância não é aquele que o texto da Súmula prevê como fator impeditivo da prescrição que determina" (HC. n. 52.947 — SP — 1a. Turma, em 7.3.75 — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 11.4.76, pág. 2.302). Há, então, uma espécie de recurso do Ministério Público que impede a aplicação da prescrição sumular. Não é o interposto contra a sentença absolutória. Não é, também, como vimos, o que se contenta com a pena privativa de liberdade imposta, rebelando-se, por exemplo, contra a concessão do *sursis* ou pretendendo pena de multa ou acessória não imposta. Em face disso, depreende-se que somente o recurso da acusação contra a sentença condenatória *visando ao agravamento da pena* constitui obstáculo à incidência da prescrição sumular, circunstância esclarecida pelo Min. Bilac Pinto no HC. n. 49.431: "Então, pela pena concretizada no acórdão regular-se-ia a prescrição, desde que o Ministério Público não tivesse pretendido exacerbar tal pena pelas vias recursais permitidas pela lei" (DJU. de 21.9.73 — RECr. n. 73.180, RTJ. 68/109 e 73/113; cit. de Vital Naves, revs. e locs. cits.).

O art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940, em que se assenta a Súmula 146, faz referência implícita à inexistência de re-

curso da acusação. Logo, quando este se encontra presente, a pena concretizada na sentença não pode regular o prazo prescricional.

O enunciado sumular ressalva a sua incidência: "quando não há recurso da acusação". Em face disso, é claro que o apelo acusatório impede a aplicação do princípio retroativo.

Caso contrário, é de se perguntar em que hipótese o recurso da acusação, a que fazem referência o Código Penal e a Súmula, impede a prescrição retroativa.

Dir-se-á que o recurso impeditivo da Súmula 146 é aquele que, provido, aumenta a quantidade da pena de modo a alterar o prazo prescricional.

Em primeiro lugar, a lei e a Súmula não fazem distinção entre recurso provido e improvido, desde que vise a aumentar a quantidade da sanção penal.

Em segundo lugar, se o recurso é provido e a pena vem a ser aumentada de forma a alterar o prazo prescricional, de maneira a não se enquadrar entre os termos inicial e final, está mais que claro que não pode ser aplicada a Súmula 146. De notar-se, entretanto, que o fator impeditivo não foi o recurso provido da acusação, mas sim a quantidade da pena que, elevada, passou a alterar o prazo de prescrição, de modo a não ocorrer entre o termo inicial e final.

Suponha-se réu condenado, por lesão corporal, a três meses de detenção, tendo a sentença sido publicada mais de dois anos depois do recebimento da denúncia. O órgão do Ministério Público apela pleiteando a classificação do delito como lesão gravíssima, circunstância contida na denúncia e não reconhecida pelo juiz. O Tribunal condena o réu, dando provimento ao apelo da acusação, a dois anos de reclusão. É claro que nesse caso não se pode falar na Súmula 146. E isso porque a quantidade da pena, dois anos de reclusão, faz com que a prescrição ocorra em quatro anos, lapso não decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença.

Cremos que a ressalva sumular "quando não há recurso da acusação" não se refere a essa hipótese. Se assim fosse, não haveria necessidade da ressalva, uma vez que se trataria de caso de não ocorrência da prescrição. A exceção diz respeito ao recurso da acusação, não importando se provido ou improvido, desde que vise a agravar a pena. Se o recurso visa a elevar a quantidade da sanção privativa de liberdade, a prescrição não pode mesmo ser regulada pela pena imposta na sentença.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recentemente publicada, tem hoje esse entendimento:

"Prescrição da ação penal.

— Não ocorre a prescrição da ação penal pela pena fixada na sentença de primeiro grau, quando o Ministério Público recorre para o agravamento dela, e seu recurso não é provido. Para esse efeito, o recurso da acusação não pode ser considerado inexistente, sob a alegação de que teria ele visado, apenas, a impedir a aplicação da Súmula 146 do STF.

'Habeas Corpus' denegado" (HC. n. 55.016 — SP — Plenário, em 15.12.76 — m.v. — Rel. Min. Leitão de Abreu — DJU. de 20.5.77, pág. 3.259).

2. TENTATIVAS DE INOVAÇÃO LEGISLATIVA. A LEI NOVA

2.1 *O Anteprojeto de Código Penal. O Código Penal de 1969. O Projeto de Lei n. 1.457, de 1973. A Lei n. 6.016, de 31.12.73.*

No Anteprojeto de Código Penal, com a indicação marginal "superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre", o artigo 110, § 1°, rezava o seguinte: "Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso, se entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5°) e a sentença, já decorreu tempo suficiente". Adotava expressamente o sistema da prescrição retroativa pela pena em concreto, sufragada pela Súmula n. 146, do Supremo Tribunal Federal. O Decreto-lei n. 1.004, que instituíu o Código Penal de 1969, em seu artigo 111, § 1°, com a indicação marginal "superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre", impedia o critério da prescrição retroativa pela pena em concreto: "A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, *daí por diante,* pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos" (grifo nosso). A expressão "daí por diante" indicava que a sentença condenativa interrompia o lapso prescricional, que recomeçava a correr regulado pela pena imposta na sentença e não mais pelo máximo da pena em abstrato. A Exposição de Motivos dizia o seguinte: "Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, *daí por diante,* pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão" (n. 37). Supõe-se que a alteração teve origem na opinião de Heleno Cláudio Fragoso, membro da Comissão Revisora do Anteprojeto (Heleno Cláudio Fragoso, "A reforma da Legis-

lação penal", *in* "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal", Rio, 1963, n. 3, págs. 38-41, n. 38).

No Projeto de Lei n. 1.457, de 1973, do Poder Executivo, que apresentou emendas ao Código Penal de 1969, a situação mudou de figura, passando o artigo 111, § 1°, com a indicação marginal alterada ("Superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação"), a ter a seguinte redação: "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos". O Min. Alfredo Buzaid, na "Exposição de Motivos", esclareceu haver aceito a orientação predominante no Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 146), recorrendo aos ensinamentos de Nélson Hungria. Para tanto, suprimiu a expressão "daí por diante", substituindo a exigência "de que somente o réu tenha recorrido" pela de "trânsito em julgado para a acusação". Segundo ele, "a nova redação dissipa definitivamente dúvida a respeito da necessidade de recurso do réu para obtenção do benefício, que não pode ter relevância em matéria de prescrição. O que importa, em verdade, é que a parte acusatória não tenha recorrido" (n. 14). Aceitou-se o princípio de que a sanção concretizada na sentença, sem possibilidade de agravação diante da inexistência de recurso da acusação, era a sanção *ab initio* justa para o fato praticado pelo agente, revelando-se a pena abstrata muito severa e injusta para regular o prazo prescricional.

Surgiu, então, a Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, que introduziu alterações no Código Penal de 1969. O seu art. 111, § 1°, segundo o Ministro Alfredo Buzaid, passava a consagrar a prescrição retroativa.

2.2 *O Projeto de Lei n. 2, de 1977. A lei nova.*

Em 7 de março do corrente ano, o Presidente da República, por intermédio da Mensagem n. 37/77, remeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2, de 1977, alterando dispositivos do Código Penal. Entre as modificações, esclareceu o Ministro Armando Falcão, "disciplinou-se o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais" ("Exposição de Motivos" do Projeto, n. 15). Surgiu, então, a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que alternou o regime da prescrição da pretensão punitiva.

3. A PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO REGIME DA LEI N. 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

3.1 *A disciplina legal*

O art. 110 do Código Penal, com as alterações, passou a ter a seguinte redação:

> "A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
>
> § 1º — A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, 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".

3.2 *As formas de prescrição diante da lei nova*

O Código Penal, com as modificações introduzidas, passou expressamente a prever três formas de prescrição:

1a. — prescrição da pretensão punitiva (art. 109);

2a. — prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput);*

3a. — prescrição retroativa (art. 110, §§ 1º e 2º).

Criou-se um *tertium genus*.

Tecnicamente, a prescrição retroativa não é forma de prescrição da pretensão punitiva ou executória. Não é forma de prescrição da pretensão punitiva porque esta é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade. Na prescrição retroativa, é a pena concreta que deve ser considerada. É certo que o art. 109, *caput*, abre uma exceção: quando a sentença transita em julgado para a acusação, o prazo, a partir de sua publicação, passa a ser regulado pela pena imposta (art. 110, § 1º). Neste caso, porém, o efeito é *ex nunc* e não *ex tunc*, como na forma retroativa. Além disso, quando incide a prescrição da pretensão punitiva, a sentença condenatória não subsiste. É como se não houvesse decisão de condenação, uma vez que, quando o juiz proferiu a sentença, o Estado já havia perdido o poder-dever de punir. Não é, também, forma de prescrição da pretensão executória. Nessa

o prazo é contado a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (art. 110, *caput*, c.c. o art. 112, alínea "a"). Na forma retroativa, ao contrário, o prazo é contado entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença (art. 110, § 2º).

Criou-se estranha forma de prescrição, em que o prazo é contado a partir do recebimento da denúncia, mas, embora incidente o princípio extintivo, a sentença produz efeitos. Note-se que a prescrição da pretensão punitiva, pela tradição de nosso direito penal e pela sua própria natureza, sempre foi causa de extinção total da punibilidade. Em face disso, se o decurso do prazo ocorre antes da publicação da sentença, significa que o marco extintivo precedeu à decisão, isto é, o Estado perdeu o poder-dever de punir antes da condenação. Não se entende, assim, como possa, em parte, a sentença condenatória produzir efeitos, como textualmente diz o art. 110, § 2º. Criou-se, então, forma híbrica de prescrição. O prazo é contado antes da sentença, como se fosse caso de prescrição da pretensão punitiva; os efeitos, porém, seguem os princípios da prescrição da pretensão executória (e ainda com restrições, como veremos).

3.3 *O art. 110, § 1º, do Código Penal*

Essa disposição assinala o seguinte:

> "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".

É necessário observar que o § 2º, que adotou expressamente a prescrição retroativa, tem a seguinte redação inicial:

> "A prescrição, de que trata o parágrafo anterior...".

Daí entendermos que o disposto no parágrafo 1º prevê duas hipóteses:

1a. — prescrição, a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação;

2a. — prescrição retroativa.

A primeira hipótese corresponde à antiga redação do art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940: "A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos". É a mesma redação do atual art. 110, § 1º: transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação, a prescrição é regulada pela pena

imposta. A hipótese é a seguinte: o réu recorre da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação. Antes de a sentença transitar em julgado para a acusação, a prescrição era regulada pelo máximo da pena que poderia ser imposta ao réu; condenado este, e não tendo recorrido aquela, o máximo agora é a pena imposta. E, como o parágrafo citado usa a expressão "depois de sentença condenatória", isto quer dizer que *a partir* da condenação o prazo prescricional da pretensão punitiva passa a ser regulado pela pena concreta. É a lição de José Frederico Marques: "Quando a sentença condenatória recorrível aceitar a qualificação jurídica da denúncia, ao réu impondo *in concreto* a pena cabível, — essa decisão produzirá efeitos *ex nunc* no tocante ao cálculo do prazo prescricional, desde que só o réu haja apelado. Daí por diante, o tempo da prescrição será computado com fundamento na pena que a sentença fixou, e não mais na pena máxima abstratamente cominada" ("Tratado de Direito Penal", Saraiva, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 415, § 162, n. 2). Suponha-se que o réu tenha sido condenado a três meses de detenção, somente recorrendo a defesa, transitando em julgado a sentença para o órgão do Ministério Público. A partir da sentença inicia-se o lapso de dois anos da prescrição da pretensão punitiva (como a sentença não transitou em julgado para a defesa, o Estado ainda não adquiriu o direito de executar a pena, não se falando, por isso, em prescrição da pretensão executória). Os dois anos são contados da publicação da sentença para frente.

É razoável o entendimento de que houve alteração de relevo. No regime antigo, na hipótese do art. 110, parágrafo único, em que somente o réu recorria, transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação, a sentença não subsistia em nenhum de seus efeitos. Suponha-se réu condenado a três meses de detenção, havendo recurso só dele e o Tribunal julgando o apelo três anos depois da publicação da sentença. Extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, a sentença condenatória não subsistia para nenhum efeito.

No sistema atual, porém, é razoável entender-se que a questão mudou de solução. Note-se que o § 2º do art. 110 assinala que "a prescrição, *de que trata o parágrafo anterior*, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal" (grifo nosso). Logo, a disposição é aplicável às duas hipóteses da norma anterior: prescrição, a partir de sentença condenatória que somente o réu recorreu; prescrição retroativa. Assim, na primeira hipótese, diante de recurso exclusivo do réu, se o Tribunal determina a extinção da punibilidade, esta só alcança a pretensão executória da pena principal, subsistindo a sentença condenatória para outros efeitos.

3.4 *Princípios que regem a prescrição retroativa*

O art. 110, §§ 1º e 2º, determina que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, 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.

Da disposição, podemos extrair os seguintes princípios:

1º — a ausência de recurso do réu não impede a prescrição retroativa;

2º — o prazo retroativo só pode ser considerado entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença, vedada a contagem entre aquela e a da consumação do delito;

3º — pode ser considerada a pena reduzida em segunda instância, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da pena;

4º — a prescrição retroativa é aplicável aos casos de condenação imposta somente em segunda instância;

5º — o recurso da acusação, que visa à agravação da pena, impede a prescrição retroativa;

6º — a prescrição retroativa só atinge a pretensão executória da pena principal.

A nova disposição incorporou a Súmula 146, restringindo o seu alcance em dois pontos:

1º — limita a contagem do prazo entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença;

2º — só permite que seus efeitos atinjam a pretensão executória da pena principal.

A lei nova, como se observa, é mais severa que a anterior. Aos fatos praticados antes de 25 de maio do corrente ano devem ser aplicados o disposto no art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940 e os princípios da Súmula 146, nos termos até então adotados pelo Supremo Tribunal Federal.

3.5 *Efeitos da condenação*

Condenação, ensina Liebman, é ato do juiz por intermédio do qual impõe uma sanção penal ao sujeito ativo de uma infração. Ela transforma o preceito sancionador da norma de incriminação, de abstrato em concreto.

A sentença penal condenatória pode ser considerada como ato ou fato jurídico. Como ato jurídico, ensina José Frederico Marques, "a sentença traduz a manifestação da vontade do Estado. E o título penal executório dela resulta como conseqüência ligada a essa vonta-

de estatal, que está na própria lei que o juiz faz incidir *hic et nunc* sobre o caso que julgou (ob. cit., vol. III, pág. 297, n. 2).

Como a regra sancionadora prevê como espécies de sanção as penas principais, acessórias e as medidas de segurança, conclui-se que estes são os efeitos principais da condenação, considerada sob o aspecto de ato jurídico.

Como fato jurídico, a sentença penal produz certos efeitos que derivam dos principais. Quando a sentença é condenatória, observa José Frederico Marques, "o comando emergente da decisão tem eficácia executiva, pois constitui título para o Estado impor ao réu o cumprimento da pena ou medida de segurança que a sentença mandar aplicar". Além disso, "com a entrega da prestação jurisdicional" — continua, — "decorrem do julgamento, muitas vezes, alguns efeitos de ordem secundária em relação ao pedido" ("Elementos de Direito Processual Penal", Forense, Rio, 1962, vol. III, pág. 66, ns. 619 e 620).

Assim, a condenação penal produz efeitos:

a) principais e

b) secundários ou acessórios.

Corresponde aos efeitos principais a imposição das:

1. penas principais (reclusão, detenção e multa);

2. penas acessórias e

3. medidas de segurança.

O art. 387, incisos III e IV, do Código de Processo Penal, com as modificações introduzidas pela Lei n. 6.416, de 24 de maio do corrente ano, tratando desses efeitos, determina ao juiz, ao proferir a condenação:

a) aplicar "as penas", "fixando a quantidade das principais e, se for o caso, a duração das acessórias";

b) declarar, "se presente, a periculosidade real" e impor "as medidas de segurança que no caso couberem".

A par dos efeitos principais, a condenação penal produz outros, denominador secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal.

A condenação produz os seguintes efeitos secundários de natureza penal:

a. é pressuposto da reincidência (art. 46, *caput);*

b. impede o *sursis* (art. 57, inciso I);

c. causa a revogação do livramento condicional (art. 64);

d. impede a incidência da atenuante do art. 48, inciso IV, alínea "e", na pena imposta por crime praticado após o trânsito em julgado de sentença condenatória;

e. causa a revogação do *sursis* (art. 59);

f. aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *in fine);*

g. transitada em julgado, a prescrição da pretensão executória não se inicia enquanto o condenado permanece preso por outro motivo, que pode ser outra condenação (art. 116, parágrafo único);

h. causa a revogação da reabilitação (art. 120, *caput);*

i. em relação ao novo crime, a condenação anterior aumenta o prazo para a concessão da reabilitação (art. 120, parágrafo único);

j. tem influência na exceção da verdade na ação penal por delito de calúnia (art. 138, § 3°, incisos I e III);

l. impede o privilégio previsto nos arts. 155, § 2°, 170, 171, § 2° e 180, § 3°, primeira parte, em relação ao segundo crime;

m. aumenta a pena da contravenção de porte de arma (art. 19, § 1°, da Lei das Contravenções Penais);

n. constitui elementar da figura típica da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 da Lei das Contravenções Penais).

Esses efeitos, de natureza principal ou secundária, integram a punibilidade.

Punibilidade é a possibilidade jurídica de imposição da sanção penal (Antolisei, "Manual de Derecho Penal", Uteha Argentina, Buenos Aires, 1960, trad. de Juan del Rosal e Ángel Torio, pág. 531, n. 235). Como a aplicação da sanção na sentença condenatória produz inúmeros efeitos de natureza penal, entendemos que estes também integram a punibilidade. A punição não está só na sujeição à pena. Segundo cremos, a agravação da pena em face da reincidência constitui forma de punição advinda da prática do crime anterior. Assim, a punibilidade pode ser entendida em sentido estrito e em sentido amplo. No primeiro caso, abrange as penas principais, acessórios e as medidas de segurança. No segundo, além dos efeitos principais da condenação, se estende aos secundários. Algumas causas extinguem a punibilidade em sentido amplo. É o caso da anistia e da *abolitio criminis*. Outras, como o indulto, atingem somente os efeitos principais da condenação, deixando intangíveis a infração penal, a condenação irrecorrível e seus efeitos reflexos. Assim, fica a critério da lei determinar a exten-

são dos efeitos das causas extintivas da punibilidade. Como ensina Antolisei, algumas causas "extinguem somente o delito, outras somente a pena e outras, enfim, o delito ou a pena..." "É preciso destacar" — continua, — "que o alcance destas causas é bastante diverso. Com efeito, em alguns casos fazem desaparecer somente a pena principal; freqüentemente, também as penas acessórias; algumas vezes, todos ou parte dos efeitos da condenação" (ob. cit., pág. 538, n. 239).

Como ficou assinalado, fica a critério do legislador determinar o alcance dos efeitos das causas extintivas da punibilidade. Essa consideração serve de elemento de interpretação do novo texto, na parte em que trata dos efeitos da prescrição retroativa.

3.6 *Efeitos da prescrição retroativa*

Os efeitos da prescrição retroativa são semelhantes ao da prescrição da pretensão executória, com restrição. Extinta a punibilidade após o trânsito em julgado da sentença condenatória (prescrição da pretensão executória), nos termos do que dispõe o art. 110, *caput*, do Código Penal, desaparecem os efeitos principais da condenação, referentes à imposição das penas principais e medidas de segurança. Os efeitos secundários, porém, permanecem. Assim, se o sujeito vier a cometer novo delito, será considerado reincidente. Como ensinam José F. Argibay Molina e outros, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão executória, o único efeito é o de a pena não se poder fazer efetiva, "pero la condena que la impuso no desaparece, extremo por el cual esa *condena válida* produce todos los efectos, por ejemplo, que la ley le señala, tanto em ordem a la reincidencia, como respecto de la condenación condicional" ("Derecho Penal", Ediar, Buenos Aires, 1972, Parte Geral, vol. II, pág. 452).

O art. 110, §§ 1º e 2º, determina que a prescrição, depois de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, que tem por termo inicial a data do recebimento da denúncia, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal.

Vimos que os efeitos da condenação podem ser principais e acessórias e medidas de segurança; acessórios, atinentes às conseqüências reflexas da sentença condenatória. Pois bem. A disposição qüências reflexas da sentença cndenatória. Pois bem. A disposição assinala que a prescrição retroativa só atinge a "pretensão executória da *pena principal*" (grifo nosso). Isso significa que o princípio retroativo só extingue os efeitos principais da condenação no tocante às penas principais (reclusão, detenção e multa), subsistindo as penas acessórias, medidas de segurança e conseqüências secundárias da condenação (efeitos secundários).

Assim, o único efeito da prescrição retroativa é o de impedir a execução das penas principais, restando intangíveis os outros efeitos da sentença condenatória, referentes às penas acessórias, medidas de segurança e conseqüências reflexas (efeitos secundários da condenação como fato jurídico). É por isso que dissemos que a prescrição retroativa se assemelha à prescrição da pretensão executória, com restrição. Ocorre que em face desta desaparecem todos os efeitos principais da condenação (penas principais, acessórias e medidas de segurança). Na forma retroativa, porém, dentre os efeitos principais, somente são atingidas as penas principais.

Quanto à subsistência das penas acessórias, o texto não deixa dúvidas. Se as penas são *principais* e *acessórias*, consignando a norma que a prescrição retroativa "importa, *tão-somente*, em renúncia do Estado à pretensão executória da *pena principal*" (grifos nossos), é evidente que subsistem as *acessórias*.

As medidas de segurança exigem um momento de atenção. Nos termos do que dispõe o art. 86 do Código Penal, "extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta".

Daí perguntar-se: extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, subsiste a medida de segurança?

A questão não é tão pacífica como, em princípio, possa parecer.

O art. 210 do Código Penal italiano impede, em regra, a aplicação ou execução da medida de segurança no caso da extinção da punibilidade. Entretanto, permite sua execução quando ordenada pelo juiz como sanção acessária de uma condenação a pena de reclusão superior a dez anos ou quando a norma determina que pode ser aplicada em qualquer tempo (relativas aos delinqüentes habituais ou profissionais — Nélson Hungria).

Na conferência de Direito Penal de Roma, em 1928, ficou consignado que "a extinção da pena não impede a aplicação das medidas de segurança e nem faz cessar a execução daquelas que foram impostas pelo juiz" (citação de Nélson Hungria, "Comentários ao Código Penal", Forense, Rio, 1959, vol. III, pág. 152, n. 25).

Ribeiro Pontes, analisando a questão, após afirmar que "a concessão da graça ou do indulto, extinguindo a punibilidade, devia permitir que a medida de segurança imposta subsistisse, pois o dever concedido não tem o condão de fazer desaparecer a periculosidade", conclui que isso também ocorre "na extinção da punibilidade pela prescrição" ("Código Penal Brasileiro Comentado", Freitas Bastos, Rio, 6a. edição, pág. 145, n. III).

O novo sistema adotou o princípio de que a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa não exclui a medida de segurança im-

posta na sentença condenatória. Como vimos, a medida de segurança constitui espécie dos efeitos principais da condenação. E o art. 110, § 2º, permite a extinção, dentre os efeitos da sentença condenatória, "tão-somente", das penas principais.

Cremos, assim, que foi derrogado o disposto no art. 86 do Código Penal. Extinta a punibilidade, salvo o caso do art. 110, § 2º, não se executa a medida de segurança imposta pelo juiz. Desta forma, a extinção da punibilidade, por qualquer causa, impede a aplicação e a execução da medida de segurança, salvo uma exceção: extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, subsiste a medida de segurança imposta na sentença condenatória.

Esta interpretação está em consonância com a "Exposição de Motivos" do Ministro Armando Falcão, ao apresentar ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2, de 1977, que se converteu na Lei n. 6.416, de 24 de maio do corrente ano, comentando a inovação restritiva em matéria de prescrição retroativa: "Disciplinou-se o pzrao da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade", "com indesejáveis efeitos jurídico-sociais" (n. 15). Embora o texto fale em *prazo*, acreditamos que a observação serve também para explicar a restrição legal aos efeitos da condenação.

Suponha-se que o réu seja reconhecido perigoso na sentença condenatória e incide no caso o princípio retroativo. A extinção da punibilidade no tocante à pena principal não faz cessar o estado de periculosidade. Em face disso, a defesa social indica a exigência de subsistir a medida de segurança. É o que pode acontecer, por exemplo, no caso de um semi-responsável de alta periculosidade, que venha a ser favorecido pela prescrição retroativa.

O novo sistema, coerente com o propósito de reservar a segregação social aos delinqüentes perigosos, não permitiu que a prescrição retroativa incidisse sobre a medida de segurança, com o que preservou a segurança social.

4. CONCLUSÕES

4.1 *Conclusões específicas*

Do exposto, concluimos que a prescrição retroativa, nos termos do que dispõe o art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, com a redação da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, permite as seguintes conclusões:

1º — extingue as penas principais (reclusão, detenção e multa);

2º — não extingue as penas acessórias;

3º — não extingue as medidas de segurança;

4º — subsistem os efeitos secundários da condenação, como o de permitir a reincidência e outras conseqüências que derivam da sentença condenatória como fato jurídico.

4.2 *Conclusão genérica*

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ART. 110, §§ 1º e 2º, DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977, SÓ EXTINGUE AS PENAS PRINCIPAIS, SUBSISTINDO AS ACESSÓRIAS, AS MEDIDAS DE SEGURANÇA E OS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

PROBLEMAS CRIMINOLÓGICOS DA ATUALIDADE

Nelson Pizzotti Mendes
Promotor Público da Capital de São Paulo.
Professor titular de Direito Penal da Faculdade Metropolitana de Direito

I — INTRODUÇÃO

Os professores italianos chegaram a afirmar que a criminalidade não desaparece, apenas se transforma. Com efeito, existe uma grande verdade desta afirmação, pois a delinquência tende a evoluir, mas também é certo que, no mundo atual, tão complexo e cambiante, nascem atitudes e atividades antisociais desconhecidas anteriormente.

Ante a aparição de novas formas de criminalidade, bem como do surgimento de modalidades e técnicas de execução moderna, antes ignoradas, a moderna Criminologia vê-se obrigada a dedicar-se ao estudo das mesmas, resultando este fato em uma implicação: modificação de sua metodologia, bem como de algumas de suas estruturas tradicionais.

Neste trabalho, comentaremos alguns destes novos aspectos da criminalidade, bem como de problemas que se apresentam para a Criminologia.

a) — No que tange ao sujeito que pratica o fato delitivo, um dos pontos mais interessantes é que, pessoas que antes não praticavam condutas criminais, agora passam a engrossar as cifras da criminalidade. Esta "extensão criminal" nós encontramo-la, principalmente, na delinquência infantil e juvenil, na criminalidade relacionada com a circulação de veículos automotores, nos atos antisociais das organizações comércio-industriais, bem como nas condutas autoagressivas muito difundidas, como a utilização de drogas e tóxicos.

dantil é imotivada ou gratuita, tendo em algumas ocasiões validade como expressão, já que é indubitável a maior participação dos jovens nos problemas nacionais de cada país.

Os meios de comunicação, controlados por grandes interesses econômicos, tem captado o fato de que os menores de idade são uma população economicamente aproveitável, pois seu potencial econômico é maior do que em outras épocas.

A necessidade de fatores de satisfação (necessidade muitas vezes criada artificialmente) faz com que muitos jovens, ao enfrentarem obstáculos, para obtê-los por vias legítimas e recebendo uma intensa frustração, tenham que conseguí-los por meios à margem da lei.

É notável o fracasso no que se relaciona com a prevenção e tratamento da delinquência juvenil. Isto obriga, do ponto de vista criminológico, a uma profunda revisão de uma série de conceitos que vem regendo durante largo tempo o objeto, e que possivelmente são equívocos.

Um dos aspectos importantes é fazer a distinção e separação entre romantismo e técnica. O romantismo tem causado grande dano e vem impedindo a correta solução do problema. Deve-se fixar uma diferença clara e marcante entre a verdadeira delinquência juvenil, traçada por condutas de grande gravidade (violação, homicídio, roubos, etc.) e a conduta dos meninos e jovens basicamente antisociais, mas vincadas pela culpa em sentido estrito ou que produzam danos inferiores. Estas últimas condutas, quase sempre quando ligadas a um adulto, não conduzem a consequências penais, podendo mesmo deixarem de ser consideradas delituosas.

Mesmo assim, o desejo de tratar também estes casos puramente existenciais (por parte das autoridades encarregadas da prevenção e tratamento dos menores delinquentes) dispersa

b) No que respeita às modalidades, encontramos os atos atentatórios a certas liberdades e garantias, realizados por grandes complexos industriais e econômicos.

c) As técnicas criminais tornam-se cada vez mais violentas, manifestando-se principalmente em duas das atividades mais reprováveis: tortura e terrorismo.

d) As vítimas preocupam sobremaneira à Criminologia atual, de sorte que se tem desenvolvido um novo ramo denominado Vitimologia.

II — DELINQUÊNCIA DE MENORES

A criminalidade é cada vez mais precoce; as idades de iniciação no crime tendem a diminuir, de maneira qúe cada vez mais jovens serão os delinquentes.

Segundo parece, os países de maior desenvolvimento econômico padecem em maior magnitude do problema da delinquência juvenil.

As condutas criminais realizadas por menores de idade são cada vez maiores em número, em qualidade e em diversidade.

Nos países latinoamericanos, cuja taxa de crescimento é superior a 3% ao ano, a dimensão das faixas etárias carrega consigo um correlato aumento de menores de idade, e logicamente, da delinquência de menores.

Crimes que antes eram cometidos somente por adultos, agora são também cometidos por jovens, encontrando-se, inclusive, o fenômeno de uma criminalidade organizada. Mesmo assim, condutas que eram exclusivas dos jovens passam, ao revés, para os meninos.

No que respeita à qualidade, os fatos antisociais cometidos por menores tem características fundamentalmente violentas. Uma das condutas mais difundidas é a de vandalismo, encontrada em grupos, e em ocasiões muito frequentes; são adolescentes que destroem coisas e agridem pessoas expontaneamente e de forma totalmente gratuita.

Os meninos e os jovens que ante brigavam individualmente e com as mãos limpas, agora agridem-se de forma coletiva e com o uso de instrumentos contundentes (correntes, manoplas) e pérfuro-cortantes (punhais, navalhas); é alarmante o aumento de agressões com armas de fogo.

A violência juvenil tem-se apresentado de maneira muito especial nos centros de estudos, principalmente em nível universitário, disfarçada em muitas ocasiões, como um "protesto" de natureza ideológica ou política. Deve ficar claro que nem toda a violência estu-

O problema preocupa, já que uma grande quantidade de pessoas que, em situações comuns nunca conseguiram chegar a um juizo de natureza criminal, agora estão expostas a ele, apenas pelo fato de conduzirem um veículo automotor.

Muitos indivíduos chegam a delinquir em função do automóvel, que lhes dá a possibilidade que antes não tinham. Em várias ocasiões, a escolha de uma carreira criminal está ligada às limitações físicas do indivíduo, limitações que são superadas em função da máquina.

O homem que conduz uma máquina, ao ver modificada sua própria estrutura corporal, com o acréscimo da máquina, perde a consciência de seu "eu" biológico para converter-se em uma nova dualidade homem-máquina.

O automóvel é um fenômeno típico de nossa época e converte-se não somente em meio de transporte, mas também em uma classe de comunicação não verbal. O automóvel transforma-se em uma amplificação da capacidade física do indivíduo e em uma maneira de superar uma série de problemas psicológicos. O automóvel pode ser uma superação de um complexo de inferioridade, tornando-se uma verdadeira máscara para o indivíduo. Os veículos motor servem também como uma forma de desafogo e, em muitos casos, como uma temível arma agressiva.

A magnitude do problema é facilmente apreciável se tomarmos em consideração que no país mais motorizado do mundo (Estados Unidos da América), morrem anualmente 55.000 pessoas em acidentes de automóvel. Se nos países latinoamericanos não se atinge cifra tão tremenda, podemos afirmar que no México morrem por fatos de trânsito 3.400 pessoas ao ano e em cidades brasileiras de intenso tráfego, como São Paulo, são contados cerca de 4.200

dantil é imotivada ou gratuita, tendo em algumas ocasiões validade como expressão, já que é indubitável a maior participação dos jovens nos problemas nacionais de cada país.

Os meios de comunicação, controlados por grandes interesses econômicos, tem captado o fato de que os menores de idade são uma população economicamente aproveitável, pois seu potencial econômico é maior do que em outras épocas.

A necessidade de fatores de satisfação (necessidade muitas vezes criada artificialmente) faz com que muitos jovens, ao enfrentarem obstáculos, para obtê-los por vias legítimas e recebendo uma intensa frustração, tenham que conseguí-los por meios à margem da lei.

É notável o fracasso no que se relaciona com a prevenção e tratamento da delinquência juvenil. Isto obriga, do ponto de vista criminológico, a uma profunda revisão de uma série de conceitos que vem regendo durante largo tempo o objeto, e que possivelmente são equívocos.

Um dos aspectos importantes é fazer a distinção e separação entre romantismo e técnica. O romantismo tem causado grande dano e vem impedindo a correta solução do problema. Deve-se fixar uma diferença clara e marcante entre a verdadeira delinquência juvenil, traçada por condutas de grande gravidade (violação, homicídio, roubos, etc.) e a conduta dos meninos e jovens basicamente antisociais, mas vincadas pela culpa em sentido estrito ou que produzam danos inferiores. Estas últimas condutas, quase sempre quando ligadas a um adulto, não conduzem a consequências penais, podendo mesmo deixarem de ser consideradas delituosas.

Mesmo assim, o desejo de tratar também estes casos puramente existenciais (por parte das autoridades encarregadas da prevenção e tratamento dos menores delinquentes) dispersa uma grande quantidade de esforços, quando não resulta no cometimento segregatório injusto do menor.

As idéias de "proteção" e "tutela" tem causado, em múltiplas ocasiões, graves violações às garantias individuais que gozam todos os cidadãos, e com muito mais razão um menor de idade.

É necessário realizar estudos profundos dos verdadeiros fatores da delinquência juvenil, e fazer uma nova colocação das medidas destinadas à prevenção dos fatos antisociais e ao tratamento do menor infrator.

III — CRIMINALIDADE E AUTOMÓVEL

O automóvel tem modificado as modalidades de expressão antisocial, e também criado uma nova gama de condutas antisociais, assim como uma nova forma de criminalidade.

O problema preocupa, já que uma grande quantidade de pessoas que, em situações comuns nunca conseguiram chegar a um juizo de natureza criminal, agora estão expostas a ele, apenas pelo fato de conduzirem um veículo automotor.

Muitos indivíduos chegam a delinquir em função do automóvel, que lhes dá a possibilidade que antes não tinham. Em várias ocasiões, a escolha de uma carreira criminal está ligada às limitações físicas do indivíduo, limitações que são superadas em função da máquina.

O homem que conduz uma máquina, ao ver modificada sua própria estrutura corporal, com o acréscimo da máquina, perde a consciência de seu "eu" biológico para converter-se em uma nova dualidade homem-máquina.

O automóvel é um fenômeno típico de nossa época e converte-se não somente em meio de transporte, mas também em uma classe de comunicação não verbal. O automóvel transforma-se em uma amplificação da capacidade física do indivíduo e em uma maneira de superar uma série de problemas psicológicos. O automóvel pode ser uma superação de um complexo de inferioridade, tornando-se uma verdadeira máscara para o indivíduo. Os veículos motor servem também como uma forma de desafogo e, em muitos casos, como uma temível arma agressiva.

A magnitude do problema é facilmente apreciável se tomarmos em consideração que no país mais motorizado do mundo (Estados Unidos da América), morrem anualmente 55.000 pessoas em acidentes de automóvel. Se nos países latinoamericanos não se atinge cifra tão tremenda, podemos afirmar que no México morrem por fatos de trânsito 3.400 pessoas ao ano e em cidades brasileiras de intenso tráfego, como São Paulo, são contados cerca de 4.000 mortos pela mesma causa.

Na maioria dos países com abundante tráfego de veículos, 50% dos processos penais referem-se a acidentes de circulação. Isto implica que devam ser operadas mudanças importantes na legislação e demais meios de prevenção e repressivos da criminalidade.

Se a metade dos "delinquentes" o são por causa de acidentes de trânsito, o tratamento que devem receber é muito diverso do atribuído aos demais delinquentes. Pensou-se inclusive em instalações separadas, com pessoal especializado, para este tipo de criminalidade, para evitar a reincidência, que em alguns casos chega a ser muito alta.

Em alguns lugares há uma complascência criminosa (quando não corrupta) para outorgar licenças e permissões para dirigir. A seleção por idade e faculdades físicas e mentais dos condutores de veí-

culos é uma grande medida preventiva, que deve ser feita com cuidado.

Outro problema é o da utilização, por criminosos, do veículo como instrumento para cometer crimes e, geralmente, para realizar suas condutas com maior velocidade e poder escapar à ação da justiça. Ante esta grande mobilidade da delinquência atual, a polícia deve estar dotada de meios de transporte rápidos e adequados.

IV — A MACROCRIMINALIDADE

Há formas de criminalidade que, por sua extensão e pela intervenção nelas de um maior número de indivíduos, e principalmente por produzirem uma quantidade notável de vítimas, podem ser denominadas macrocriminalidade.

Estas formas de criminalidade tem como vetores comuns:

a) Uma crueldade excepcional.
b) Uma ameaça difusa para o grupo social.
c) Produzem profunda desordem e inquietação na sociedade.
d) Pluralidade de autores e vítimas, separada ou conjuntamente.
e) Diversidade de móveis, tanto políticos como psicopatológicos.
f) As vítimas geralmente estão indefesas ante estas formas de criminalidade.

Talvez o exemplo mais importante da macrocriminalidade seja o terrorismo, que geralmente se dirige a qualquer tipo de vítima e de forma cruel e violenta.

Existem outras formas de macrocriminalidade que atingem geralmente vítimas inocentes, como o sequestro de aeronaves, a utilização de reféns, a sabotagem nos transportes coletivos, a discriminação racial, etc.

Os macrodelitos podem ser cometidos, indistintamente, por grupos de pessoas, indivíduos isoladamente, ou governos altamente repressivos.

Uma das formas mais interessantes de macrocriminalidade é a denominada "criminalidade de colarinho branco" (expressão não muito feliz na sua tradução) mas utilizada genericamente entre os criminólogos.

Este tipo de criminalidade, fundamentalmente econômica, desenvolve-se, em muitas ocasiões, dentro dos limites permitidos pela lei, não retirando, este fato, a sua periculosidade, do ponto de vista criminológico.

A macrocriminalidade econômica tem sido levada à sua mais alta expressão pelas denominadas "empresas transnacionais", nas quais ocorrem manobras incríveis com as ações, declarações financeiras, tráfico de divisas, subornos aos funcionários governamentais, etc.

Em várias ocasiões, países completos, são afetados por este tipo de atividades, que dificilmente são perseguidos e castigados.

Muitos aspectos da macrocriminalidade econômica lesam principalmente as classes economicamente menos privilegiadas, como ocorre com as manobras altistas, seja por meio do ocultamento dos bens de consumo, seja pelo oferecimento ao público de quantidade menor do que a que deveria conter a embalagem, seja ainda pelo encarecimento artificial de certos produtos de primeira necessidade, dissimulando-se em certas ocasiões com uma simples mudança de marca, ou disfarçando-o em um mesmo produto com apresentações novas e apelativas.

A luta sem piedade para conseguir contratos governamentais ou mercados lucrativos em países débeis, tornam pessoas de aparência intocável em indivíduos afastados de qualquer ética comercial ou industrial, praticando atos como o da espionagem industrial, a concorrência desleal e a corrupção de funcionários.

Este tipo de criminalidade obriga também a uma substituição de proposições conceituais legais e criminológicas, principalmente porque a prevenção já não está nas mãos de um só governo, mas sim na cooperação internacional, da mesma forma que outras atividades mais claramente criminógenas e que por igual, poderiam ser consideradas como de macrocriminalidade, como é o caso do tráfico de drogas.

V — USO INDEVIDO DE DROGAS

Um dos problemas criminológicos mais graves e que assumiu proporções epidemiológicas é o da utilização não médica de fármacos, assim como de outros tóxicos.

O problema do consumo tem-se extendido rapidamente a todos os países, principalmente naqueles de grande desenvolvimento sócio-econômico. Calcula-se que nos EE.UU. exista 900.000 heroinomanos. Os países em vias de desenvolvimento não escaparam do problema, mas nos mostram o fenômeno de que, mais que países consumidores, converteram-se em países produtores e exportadores de drogas.

O problema tem, antes de tudo, uma base econômica, pois graças ao mercado norte-americano, os negócios que podem ser feitos com determinadas substâncias são verdadeiramente fabulosos.

Para dar uma idéia das características deste problema, observaremos o exemplo de que no México um quilo de maconha custa aproximadamente quinhentos pesos (cerca de quarenta dólares). Nos Estados Unidos o mesmo quilo pode ser vendido a quinhentos dólares. A heroína, no mercado criminal do México, alcança de dois a três milhões de pesos o quilo, segundo sua qualidade (cento e sessenta mil dólares). Este mesmo quilo, colocado do outro lado da fronteira, aumentará o seu valor até quinhentos mil dólares.

O fenômeno, que é de grande magnitude pela extensão da fronteira que separa ambos os países, torna-se notável no México por ser um país de "roteiro" para a droga. México produz uma boa quantidade de droga que é consumida na América do Norte, mas não com exclusividade, já que de outros países sulamericanos, assim como do Oriente e Europa, chega o rio de substâncias tóxicas para o consumo norte americano.

A ação das autoridades de ambos os países tem sido notável na luta contra este excuso negócio, cujos êxitos não podem ser relatados na latitude deste trabalho.

Há ocasiões em que, possivelmente por superprodução ou por excepcional vigilância nas fronteiras, a droga reverte para o uso interno, ainda que em nossos países não é de uso comum a droga "dura", sendo mais utilizada a maconha a outros fármacos (como as anfetaminas). Alguns países como o Perú, tem problemas locais com determinada droga (a árvore de coca).

A restrição de livre venda de fármacos ao público tem dado bons resultados em vários países, ainda que, em algumas partes, possa ser conseguida a droga como a anfetamina, livremente, em qualquer farmácia.

Em alguns países o problema principal e que tende a tornar-se agudo é o que refere a inalantes, muitos deles de origem industrial (thiner, gasolina, solventes, etc.)

A fácil aquisição e o baixo preço destes produtos torna-os acessíveis, principalmente a crianças de tenra idade.

A proposição já sofreu modificações, mas ao menos ficou claro que somente pessoas muito estúpidas ou muito mal intencionadas, asseguram que a droga (qualquer que seja) não produz dano ou só o produz em grandes quantidades. É necessário reafirmar que os progressos atuais da medicina tem demonstrado a periculosidade da droga (principalmente a maconha), ainda que utilizada somente uma vez ou em pequenas doses.

A difusão do problema da droga, do ponto de vista científico, sobre o grande público, vem produzindo efeitos terríveis, despertando a curiosidade de grandes massas populacionais, devendo recordar-se

que nas investigações realizadas, as quais coincidem com a experiência internacional, a curiosidade é a primeira das causas que aproxima um jovem da droga.

VI — VIOLÊNCIA

Entre as características mais notórias da criminalidade atual está a sua clara tendência no sentido da violência.

Se observarmos uma curva progressiva da criminalidade, veremos que esta no seu princípio foi extremamente violenta, e pouco a pouco foram aparecendo delitos menos violentos, o cérebro foi substituindo os músculos; a violação foi substituída pela sedução, o assalto à mão armada pelo furto, e este por fraudes notoriamente elaborados. Não obstante, tudo indica que se iniciou um retrocesso, porque estamos voltando à criminalidade violenta, muscular e atávica.

As estatísticas dão-nos razão; não somente são cometidos mais delitos violentos, com boa parte deles, nos quais não havia violência, como também principiam a carregar-se de violência certos tipos penais, nas quais necessariamente ela não aparecia.

A violência vai-se convertendo em um padrão subcultural que lenta, a circulação de veículos é violenta, o cinema é violento, a criminalidade é violenta.

A carga de violência que nos rodeia acende em contínuo aumento e ingressou em preocupantes mecanismos de retroalimentação (Feed back), e não sabemos já se a sociedade é violenta porque o cine, a televisão e os demais meios de difusão o são, ou se estes são violentos porque a sociedade atual é violenta.

Propõe-se também a indagação, que deixa de ser preocupante: se os meios de difusão podem servir de catarse para a violência atual, ou se, pelo contrário, a incitam e a provocam.

A violência vai-se convertendo em um patrão subcultural que encontrou campo por demais propício em alguns de nossos países, que sempre tiveram problemas de "machismo".

Não obstante, a violência atual aparece em muitas de suas manifestações como não necessária e totalmente gratuita; agride-se pelo gosto de agredir.

O mais grave dos mecanismos de retroalimentação na violência é aquele que se forma entre delinquência-polícia-delinquência. A delinquência é cada vez mais violenta, está cada vez melhor armada, os atuais meios de comunicação e as modernas e potentes armas a tornam mais rápida e perigosa. Tal fato tem resultado em que a polícia procure ficar melhor armada e conseguir meios ofensivos e defensivos mais potentes. Vemos assim que muitos corpos de polí-

cia trocaram suas tradicionais armas "32" por revólveres de calibre "38" e até as do tipo "magnum 357. A delinquência reage conseguindo também armas cada vez mais potenciadas e eficazes, iniciando-se uma escalada que não sabemos onde vai terminar.

Não somente a criminalidade tem-se tornado mais violenta, por desgraça estamos diante de um fenômeno mundial de violência institucionalizada, e é necessário reconhecer que a polícia e os órgãos repressivos se convertam em elementos de uma violência, cega e feroz, em certas ocasiões.

Preocupa grandemente à Criminologia atual o problema da tortura que ocorre, geralmente por parte do Estado, contra os cidadãos, porém que está sendo cada vez mais usada por grupos subversivos de diferentes cores e tendências.

A tortura é indiscutivelmente uma das formas de criminalidade pública ou privada mais degradante, e que denota maior grau de desvio e anormalidade. Uma vez iniciado o processo de violência e de tortura, quando a polícia se torna violenta e como meio de "investigação" utiliza a tortura (mental ou física), quando os grupos de oposição ao governo utiliza como arma o sequestro e o terrorismo, estamos ante uma escalada mui difícil de deter, e que produzirá sofrimento em vítimas inocentes.

VII — VITIMOLOGIA

Um problema que está sendo atualmente muito estudado pelos criminólogos é o referente às vítimas das condutas antisociais. Ainda que possa parecer estranho, a vítima da conduta criminal tem sido estudada esporadicamente; parece que frente à grande preocupação pelo criminoso, esqueceram completamente a vítima. Os grandes criminosos passam para a história, as vítimas, geralmente, tem permanecido no esquecimento.

Este fenômeno pode ter várias explicações; talvez nós nos identificamos com o criminoso e jamais com a vítima; talvez admiramos mais ao criminoso, que se atreve a fazer o que não nos atravemos, e não admiramos a vítima; ou, o que é mais provável, é que todos nós tememos ao criminoso e ninguém teme a uma vítima.

Não obstante, a partir das primeiras investigações sobre vítimas, os estudiosos foram conduzidos a uma surpresa, descobrindo que uma notável quantidade de vítimas tinha uma grande participação nos fatos, sendo em várias ocasiões, a verdadeira causa dos mesmos.

Procurou-se fazer uma classificação das vítimas, encontrando-se que, de acordo com sua culpabilidade, poderiam ser classificadas em:

1. Vítima totalmente inocente. É aquela que não tem nenhuma responsabilidade nem intervenção no delito (infanticídio, por ex.).

2. Vítima menos culpável que o criminoso (vítima por ignorância, por imprudência).

3. Vítima tão culpável quanto o criminoso. É a vítima voluntária (duelo, agressão mútua, rixa, etc.).

4. Vítima mais culpável que o criminoso (vítima provocadora).

5. Vítima totalmente culpável (vítima agressora, simuladora, imaginária, etc.).

Os juristas tem dado aplicação a esta classificação, já que, ao colaborar a vítima em maior ou menor grau, e em ocasiões intencionalmente, poderia ser diminuída a pena do criminoso, em tal grau correlato à participação que teve aquela no evento.

O estudo das vítimas é agora de grande importância; existem indivíduos com uma grande predisposição vitimal, que necessitam de maior atenção (crianças, débeis mentais, atípicos, etc.).

Há também indivíduos com grande periculosidade vitimal, os quais, por suas peculiares características, são um perigo para si e para os demais.

Não cabe dúvida de que muitas vítimas necessitam mais ajuda, proteção e tratamento que seus vitimários. Grande parte do dinheiro que o Estado utiliza em diagnóstico, prognóstico e tratamento dos criminosos, deveria usá-lo para atender as vítimas, pois estas representam uma grave responsabilidade ante o fracasso da obrigação que o Estado tem de proteger aos membros da sociedade.

Talvez o mais importante do problema da Vitimologia seja a dedução de que não somente devamos fazer prevenção criminal, senão também prevenção vitimal.

VIII — CONCLUSÕES

1º. Temos visto como a criminalidade vai-se transformando e como vão aparecendo novas formas e diversas modalidades de crimes. Isto implica na necessidade da Criminologia evoluir a par com a criminalidade, pondo todos os meios ao seu alcance para não ficar atrás.

2º. Devemos estudar as formas de despenalizar ou descriminalizar certas condutas. Atualmente, chega-se a considerar como delituosas ou criminosas, condutas que, socialmente, não podem já serem consideradas perigosas. A espada da Justiça mais devemos tirar o fio do que dá-lo.

3º. Em vista da escassez dos meios à nossa disposição, a política criminal deve concentrar-se na solução das condutas criminais mais graves e perigosas (macrocriminologia).

4º. O caminho para a solução do problema da criminalidade não pode ser o repressivo; a tendência criminológica geral tem que ser a prevenção; por isto é tão importante encontrar bons sistemas de avaliação de resultados.

5º. Muitos dos conceitos sobre delinquência de menores devem ser revistos e reestruturados, pois de há muito demonstraram a sua ineficiência. A criminalidade de menores segue aumentando em número e periculosidade.

6º. A delinquência motorizada abre um novo panorama para a Criminologia, ao tratar de uma nova forma de criminalidade e um novo tipo de criminoso, que não pode ser tratado com os meios e as técnicas convencionais.

7º. A publicidade, no problema das drogas, é contraproducente. Não obstante, é necessário tornar público o grave dano que pode produzir o tóxico, ainda que seja com uma só ingestão e com doses pequenas. É necessário um maior controle farmacêutico.

8º. Os problemas da macrocriminalidade não podem ser resolvidos de um único ponto de vista e por um só país. Necessária, neste passo, a cooperação internacional.

9º. A violência parece ser o signo da época. A escalada da violência tem que ser rompida por algum lado, e talvez o mais fatível é que seja a polícia quem dê o primeiro passo.

10º. O estudo tradicional do criminoso, como tem sido feito até agora, deve ser complementado com o estudo dos outros dois extremos do fenômeno criminal: As vítimas e o Estado.

11º. Pode ter uma grande eficácia a prevenção vitimológica. Não somente há que evitar que alguns indivíduos sejam criminosos como também evitar que muitas pessoas cheguem a ser vitimizadas; é importante ensinar as pessoas a não serem vítimas.

12º. Esta orientação não é somente técnico-teórica, mas também prática, pois a solução de uma grande quantidade de problemas criminológicos pode ser obtida modificando-se as estruturas estaduais, e não perseguindo apenas alguns e isolados criminosos, corrompidos e corruptores.

Hoje em dia, reconhecem as Nações Unidas, em Genebra, o fato de que alguns delitos são provocados pela ação ou pela negligência do poder público, e as medidas eficazes, nestes casos, devem ser orientadas no sentido de modificar as ações do poder público e as condutas do cidadão, especialmente nos casos de corrupção de funcionários ou no tráfico internacional de drogas, de divisas, ou na destruição e contaminação do meio ambiente.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O ENFOQUE CRIMINOLÓGICO DA DESCRIMINALIZAÇÃO

Nelson Pizzotti Mendes
Promotor Público — Professor do Instituto Técnico Superior da Procuradoria Geral da Justiça do Distrito Federal do México

I INTRODUÇÃO

A atual crise da justiça penal, o indubitável aumento quantitativo e qualitivo da criminalidade, a "inflação" penal, as mudanças sociais e políticas, levam-nos, entre outras causas, à necessidade de revisar vários conceitos de política criminológica, principalmente o da oportunidade de considerar como criminais certas condutas que aparentemente não atentam contra o bem comum na proporção e gravidade antes conceituadas.

A preocupação por este tema conduziu um grupo de distintos criminólogos a reunirem-se, primeiro em um Colóquio, na cidade de Bellagio (Itália), em 1973, e, depois, no XXV Curso Internacional de Criminologia, realizado em Guayaquil, no Equador, em 1975. Neste trabalho utilizaremos das contribuições levadas aos referidos eventos.

II A CRISE DA JUSTIÇA

Ante o mundo atual, cambiante e dinâmico, a justiça aparece estática, imutável, desesperadamente lenta, seus procedimentos arcaicos, seus ritos inexplicáveis ao homem da rua, cercados por uma linguagem incompreensível e pastosamente burocrática, conseguiram fazer com que a população, paulatinamente, perca a fé em seu credo.

O problema que se apresenta em todo o mundo, se agrava quando se trata da justiça penal, pois a máquina judicial penal magoa e tritura com maior crueldade (e em ocasiões também com maior lentidão) do que a cível, talvez porque esteja melhor equipada para tanto, com policiais, carcereiros, agentes do ministério público, etc.

Deixando de lado o problema da corrupção (um dos grandes problemas criminológicos da atualidade) que por si só justificaria uma mudança integral de sistemas, a justiça penal tem como principais defeitos:

1. LENTIDÃO. O que é muito grave quando o indicado responsável está preso preventivamente, ou quando há vítimas que esperam a reparação de um dano que para elas é vital.

2. CUSTO. Independentemente do alto custo da corrupção, o custo de um procedimento é muito elevado e o custo social chega a níveis espantosos (QUIRÓZ CUARÓN, Alfonso — "El costo social del delito" — Ediciones Botas, México).

3. DESIGUALDADE. Indubitavelmente há setores da população para os quais a justiça é rápida, ainda que, obviamente não seja barata. As diferenças de classe socioeconômica estendeu seus reflexos na eficácia da justiça, assim como na aplicação das penas.

4. INCONSEQUÊNCIA. Há demasiada severidade ou excessiva indulgência. Em certas ocasiões a contradição ocorre entre dois juizos de um mesmo sistema; às vezes é um mesmo juiz que varia de critério.

Considerando o afirmado, devemos reconhecer, tal como faz JOSÉ MARIA RICO (A Descriminalización: El Ejemplo Canadense. XXV Curso Internacional de Criminologia. Guayaquil, Ecuador, 1975) que, a administração da justiça se converte em um fator criminógeno por:

a. Inflação legislativa sem precedentes.
b. Códigos Penais com abstrações metafísicas..
c. Sistemas ou organismos de administração de justiça fragmentados ou sem comunicação entre si.
d. Serviços policiais não selecionados e nem preparados.
e. Saturação dos tribunais.
f. Preparação exclusivamente jurídica dos juizes.
g. Ineficácia das penas clássicas.
h. Ineficácia dos sistemas penitenciários.
i. O sistema estabelecido oferece resistências consideráveis às inovações da política criminológica.

III. A INFLAÇÃO PENAL

Os códigos penais antiquados e obsoletos, os códigos processuais cheios de barroquismos e autuações inúteis, os órgãos da justiça burocratizados, a polícia despreparada e sem coordenação, as instituições penais superpovoadas e ineficazes, tudo coopera para esta crise geral da justiça penal, porém, talvez, a sua origem mais profunda seja a inflação legislativa.

O Direito Penal tem sido vítima, nas últimas décadas, de um processo de inflação. Esta verdadeira legislomania tem sobrecarregado não somente o código penal, mas também as outras leis, regulamentos, disposições, ordenamentos, etc.

O legislador, na sua grande maioria, principalmente nos países ocidentais, sem preparação técnica legislativa ou jurídica, em certas ocasiões, por razões políticas, em outras, por boa fé, acredita que basta proibir uma conduta para que esta não ocorra.

A atitude do legislador nem sempre fiel expoente do sentimento popular que representa, não está de acordo com a realidade, e se converte em um erro de Política Criminológica (ainda que pudesse constituir-se em um acerto em matéria de política partidária).

Os resultados desta inflação legislativa, deste *maremagnum* de disposições, desta avalanche de ameaças de pena, estão bem visíveis.

O primeiro destaque é para a impossibilidade de cumprir *toda* a lei, com o natural aumento de impunidade, e portanto com o aniquilamento da função moral do Direito Penal.

Os órgãos da justiça estão agoniados pelo trabalho, a polícia é insuficiente e não pode atender ao número de chamadas dos cidadãos, os quais, por sua vez, perdem a escassa fé que ainda lhes restava; os tribunais, saturados, tornam-se mais e mais lentos, tal qual um paquiderme velho e moribundo; os cárceres preventivos são centros de promiscuidade e corrupção, e as penitenciárias se vêm impossibilitadas de cumprir qualquer função de tratamento individualizado.

Assim, a inflação legislativa é o detonante da inflação penal, e uma primeira causa dos problemas de lentidão, custo, desigualdade, e inconsistência, vistos anteriormente.

Devem ser procurados, portanto, os sistemas adequados para obter-se uma deflação penal, um desafogo, um respiradouro que dê tempo à máquina jurídico-penal de fazer os ajustes que lhe são necessários.

Um dos meios que pode ser dos mais eficazes é a descriminalização.

IV. DESCRIMINALIZAÇÃO

Antes de qualquer coisa, necessário esclarecer que o termo descriminalizar é uma livre tradução do neologismo francês. Preferimos o uso gráfico como consta do termo descriminalizar, já que em português *"des"* (do latim *dis*) é uma preposição inseparável que denota negação ou inversão do significado vocábulo isolado, enquanto que *"de"* (do latim *de*) é uma preposição que denota posse.

Segundo FRANCISCO CANESTRI, autor venezuelano, (in "Los processos de Criminalización y Decriminalización", XXV Curso Internacional de Criminologia, Guayaquil, Ecuador, 1975) "Descriminalización es hacer perder a una infracción su carácter criminal".

A definição de CANESTRI parece-nos adequada e estamos de acordo com ela no sentido de que, para que se produza um processo de descriminalização é necessário que esta recaia sobre um comportamento criminal que possua as características de:

a. Estar definido pela lei penal (incriminação e procedimento).
b. Conduza à estigmatização do delinquente.
c. Possua a nota intimidatória própria da sanção.
d. Esta última (a sanção) possa levar ao constrangimento, pela sua execução.

Alguns autores falam de uma descriminalização de "fato" frente a outra "de jure"; outros afirmam que não há mais descriminalização do que a exclusão da lei penal de um comportamento anteriormente criminalizado; outros distinguem entre uma descriminalização "perfeita" e outra "imperfeita".

Em continuação, realizaremos uma análise das formas através das quais possa ocorrer o fenômeno da descriminalização.

V. FORMAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO

1) ABROGAÇÃO. É a abolição da norma que dava caráter criminal à determinada conduta. É a forma legal e perfeita de descriminalizar, ainda que não seja a única, já que estamos de acordo com LEJINS no sentido de que "um conceito um pouco ingênuo é o de que uma revogação da lei penal é tudo que se tem e que se pode fazer para descriminalizar toda a classe de comportamento" (PETER LEJINS, "Perspectivas Sociológicas sobre la Criminalización e la Decriminalización" — XXV Curso Internacional de Criminologia, Guayaquil, Ecuador, 1975).

2) LEGALIZAÇÃO. Legalizar é permitir explicitamente uma conduta; ainda que se suponha que tudo que não está proibido, está permitido, em certas condutas é necessário, além de esclarecer sua descriminalização, regulamentá-la e posicioná-la adequadamente.

3) DESPENALIZAÇÃO. São os casos que uma conduta criminalizada não é juridicamente sancionada. A maioria dos casos estão previstos pela própria lei e são muito difundidos (furto famélico, furto entre familiares próximos, aborto consequente a uma violação, etc.).

Outra forma de despenalizar é o destino do delinquente uma vez sentenciado. No momento atual são muito usuais várias figu-

ras que evitam que o delinquente chegue à pena, como são: a condenação condicional, a suspensão condicional da pena, o "parole", o indulto, etc.

Outra forma de despenalização consiste em retirar dos códigos penais e leis especiais de caráter penal certas disposições relativas a determinadas condutas, passando-se a outras jurisdições de natureza civil ou administrativa. Nestes casos a conduta não foi legalizada e nem permitida, mas perdeu o seu caráter penal.

4) DESJUDICIALIZAÇÃO. A expressão "dejudicializar" segundo RICO (op. cit.) indica precisamente os assuntos tratados pela coletividade, as causas não transmitidas à justiça, as conciliações que intervem antes do juizo, composição de sanções não penais ou, em qualquer caso, não privativas de liberdade. A desjudicialização tem por objeto principal manter os indivíduos fora do sistema de justiça penal.

Os casos de comportamento que estando criminalizados não chegam ao conhecimento do órgão judicial e que não se constituem em simples casos de impunidade, são do máximo interesse no tema que nos ocupa.

A coletividade, por meio de seus diversos organismos pode auxiliar eficientemente a desjudicializar. Exemplos disto são as atuações dos Colégios de profissionais, as instituições educativas, os centros de orientação e tratamento de toxicômanos, as empresas, etc.

5. ARBÍTRIO POLICIAL. A polícia, exercendo o seu poder discricionário, pode intervir ou abster-se de fazê-lo, frente a condutas criminalizadas.

Isto pressupõe, desde logo, a existência de *uma polícia técnica, preparada* e *selecionada;* nos países que sofrem uma multiplicidade de corpos policiais e os agentes são recrutados sem seleção (ou com seleção inversa, entre os delinquentes), não é conveniente conceder-lhes o mínimo arbítrio, pois tal concessão equivaleria a abrir a porta da corrupção e da arbitrariedade.

Quando se conta com uma verdadeira polícia, esta pode resolver vários assuntos sem recorrer às instâncias penais; limita-se a admoestar, aconselhar, arbitrar ou a remeter o problema a outros organismos não penais.

6. EROSÃO DA REPRESSÃO. Há casos em que a polícia, por múltiplas causas (excesso de trabalho, situações políticas), nega-se a intervir, prender ou perseguir, dando lugar a uma descriminalização de fato.

Além do que, a erosão da repressão ocorre também, por outras duas causas de nível policial: a incompetência para cumprir todas as

ordens de investigação e prisão e a falta de confiança que os cidadãos lhe depositam.

A nível judicial, fora do problema de corrupção (ao que segundo parece, nenhum país é imune), a repressão se erosiona por uma série de manobras legais, que os advogados podem usar, com habilidade, para subtrair os seus clientes da justiça.

7. DESCRIMINALIZAÇÃO EM MENORES. Uma das aspirações dos especialistas em problemática de menores tem sido o despenalizar, mudando a pena por medidas de segurança, geralmente de natureza educativa.

Alguns autores optam por uma descriminalização total, argumentando que os menores não cometem atos de natureza delitiva e portanto criminalizados.

Os resultados desta opinião tem sido negativos, segundo se vem constatando em vários países do mundo (Cfr. DI GENARO, MUKHERJEE e VERETE "Un Análisis Critico del Sistema de Justicia Juvenil". UNSDR. Roma Itália, 1973), pois estes tem visto os menores serem estigmatizados por condutas consideradas não criminais em adultos, mas criminalizadas para eles, ao tratar de retirá-los dos Códigos penais, e impondo critérios meta-jurídicos.

8. MUDANÇA OU DIMINUIÇÃO DA PENA. Uma forma em que materialmente se descriminaliza, é legislar ou impor penas que, por sua escassa gravidade, não estigmatizam ao criminoso. Tal é o caso das penas denominadas simbólicas ou imaginárias. O exemplo seriam as multas irrisórias, ou a imposição de uma pena de três dias de prisão (como ocorre no Código Mexicano, como mínima, para o marido que surpreende a mulher em ato de adultério e a mata).

A mudança de penas por outras mais leves, no sentido do parágrafo anterior ou por medidas de segurança, como pode se fazer com menores ou os substitutivos carcerários, são formas claras e geralmente aconselháveis de descriminalização.

Na opinião de PINATEL: "Dois caminhos se abrem: por uma parte para retirar o selo criminal ao ato ou comportamento forma de descriminalização pura. Por outro lado, substituir a pena por medida de caráter educativo, sanitário ou social, conservando a incriminação: isto é despenalização ou descriminalização imperfeita (JEAN PINATEL. "Um criminólogo frente aos Processos de descriminalização" XXV Curso Internacional de Criminologia. Guayaquil, Ecuador, 1975).

9. A INTERPRETAÇÃO. Outro mecanismo digno de análise é o próprio manejo da lei, interpretando-a de maneira tal que os atos aparentemente criminalizados perdem esse caráter.

Isto pode ocorrer desde as procuradorias ou agências de Ministério público, que em alguns países tem grande liberdade para decidir se se procede ou não criminalmente. Os procuradores podem dar diretrizes de ação descriminalizadora.

Por igual, os juizes, e principalmente a Corte Suprema, por meio da jurisprudência, pode descriminalizar com bastante amplitude.

10. DESCRIMINALIZAÇÃO SOCIAL. Não podemos desconhecer o fenômeno da descriminalização de fato, real, que exerce o núcleo social ao não considerar uma conduta como criminosa.

O que se afirma, reflete, por ausência ou insuficiência de reação social, sua posição ante uma conduta legalmente criminalizada.

Nestes casos, a coletividade nega a sua cooperação às autoridades: não denuncia os fatos puníveis, não se apresenta como testemunha em juizo, não traz provas e em certas ocasiões ajuda e proteje ao "delinquente". Pode aqui principiar a "erosão da repressão" da qual falamos nos parágrafos anteriores.

Um dos exemplos mais interessantes é representado pelo contrabando, com regiões inteiras que vivem desta ocupação; em alguns países há verdadeiras "zonas de tolerância" onde podem ser conseguidos quaisquer objetos com esta origem.

VI. REGRAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO

Evidentemente, não se trata de descriminalizar à direita e à esquerda, tal como se tem criminalizado em certas ocasiões. A descriminalização tem sentido sempre e quando seja parte de um plano de Política Criminológica e a *"posteriori"* da realização de estudos adequados.

Já assinalamos o perigo que pode representar uma descriminalização massiva, como no caso dos menores, setor em que, descriminalizando se criminaliza, pois responderão por mais condutas que anteriormente e sem garantias que teriam se se tratasse de conduta criminal.

Não existe um grande temor ao que possa suceder em descriminalizações massivas, a realidade é que "os legisladores sempre prontos a criminalizar, são muito lentos para descriminalizar" (JORGE ZAVALA BAQUERIZO, "Aspectos jurídicos de la Criminalización y de la Decriminalización", XXV Curso Internacional de Criminologia, Guayaquil, Ecuador, 1975).

Antes de proceder à descriminalização, deve analizar-se a motivação que existe por de traz da procura, pois em ocasiões determinadas, não coincidem com uma adequada Política Criminológica, e às vezes ocultam interesses tão turvos que nada tem a ver com esta.

Por exemplo, os desejos de legalização de certas drogas, medicamentos e anticonceptivos, etc. por parte dos traficantes e grandes laboratórios, e que lhes traria grandes benefícios, a petição de descriminalização do aborto, por alguns médicos para abrir clínicas de luxo para mulheres de outros países em que a conduta ainda esteja criminalizada.

Além destas causas, as motivações mais comuns em nossos países são (LEJINS, Op. Cit.):

1ª. A condição atual, em muitos países, de uma sobrecarga de trabalho no sistema penal, a tal ponto extrema que impede seriamente a eficácia da administração penal.

2ª. Mudanças sociais e a correspondente necessidade para reajustar os atuais códigos penais. As mudanças atuais no que se relaciona com a moral, costumes e valores, mostram algumas condutas como escassamente perigosas ou não criminosas.

3ª. A decepção em nossa capacidade para, de maneira eficiente, tratar dos transgressores (não sabemos se o nosso sistema jurídico penal é capaz de reformar delinquentes). De que serve declarar criminosas certas formas de comportamento?

4ª. A atual política geral de atacar a qualquer classe de instituição ("establchment") e portanto entre outras coisas também, o sistema penal e a sua proibição a certos tipos de comportamento.

Em uma adequada Política Criminológica devem ser tomados grandes cuidados para saber quando e como se deve descriminalizar.

a) MOMENTO DE DESCRIMINALIZAÇÃO. Vale, neste particular, o princípio da oportunidade. Uma conduta deve ser descriminalizada quando deixou de constituir um perigo de dano ou uma lesão grave a algum bem jurídico essencial.

É importante ver se a conduta já foi descriminalizada de fato, se a reação social é insuficiente ou nula, se a lei é letra morta e se efetivamente existe a mudança de normas de cultura que justifique a medida.

b) FORMA DE DESCRIMINALIZAÇÃO. O ideal é a da abrogação da norma penal, porém esta forma é dificultada pela lentidão legislativa e pelas dificuldades no caso. Por isso temos a diversidade de formas já estudadas, porém devem ser evitadas as que representam simples desobediência ao direito.

c) FINALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO. A finalidade essencial é a prevenção, evitando-se o contacto carcerário e a estigmatização. Em geral, a descriminalização procura a supressão de certas condutas proibidas que obstaculizam o desenvolvimento das relações humanas.

Como finalidades encontramos também o aliviar o excesso de trabalho do sistema penal, tornando-o mais rápido, desanuviando-se os cárceres e permitindo encarregar-se de assuntos mais graves e urgentes.

VII. CONDUTAS A DESCRIMINALIZAR

Observemos, à guisa de exemplo, algumas condutas comumente criminalizadas e que com maior força tem tido a sua descriminalização solicitada.

A primeira aclaração que se deve fazer é no sentido de que não podem existir regras gerais, pois as realidades sociais, morais, jurídicas, econômicas, são muito variáveis de país a país, pelo que a criminalização ou a descriminalização variará, de um lugar a outro (MARCEL ETTE, "Conflictos provenientes de los procesos de criminalización y descriminalización en los países africanos". XXV Curso Internacional de Criminologia. Guayaquil, Ecuador, 1975).

Em países com grande variedade étnica ou cultural, com fortes núcleos de população indígena (como a África e a Latinoamérica), não podem ser formuladas disposições muito generalizadas, sem antes cuidar-se das devidas precauções.

a) DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. Algumas formas de furto vem sendo descriminalizadas (furto entre ascendentes e descendentes, furto famélico) e agora estamos pensando em descriminalizar infrações menores contra a propriedade, como furtos dos artigos expostos nos supermercados, furtos realizados pelos operários nas fábricas e pequenos furtos em geral.

As opiniões não podem ser mais controvertidas; assim, alguns autores (HULSMAN) dizem que devem ser descriminalizadas as condutas atinentes a furtos contra veículos, assaltos a bancos e a transportes de dinheiro, enquanto outros (BOUZAT) pensam que algumas destas condutas deviam ser sancionadas com a pena de morte.

Não pode ser firmada uma regra geral, já que em cada caso devem ser assumidas diferentes características. Certos fatos antipatrimoniais admissíveis em um país capitalista não o seriam, por certo, em um país socialista. Um furto contra uma empresa capitalista é diferente de um mesmo fato diante de uma empresa governamental, e ainda estes são diferentes de um furto praticado por um membro de uma cooperativa contra esta.

b) DELITOS SEXUAIS. A mudança de atitudes frente à problemática sexual durante este século é indubitável. O contraste da "moral vitoriana" com a moral "pós-freudiana" é notável e vem produzindo uma contínua descriminalização neste campo.

A tendência atual é para uma maior liberdade sexual, havendo inclusive autores que pensam na desaparição desta classe de crimes.

Não obstante, deve-se diferenciar por exemplo, a homos-sexualidade entre adultos, o adultério e a prostituição, de condutas como a violação ou as relações sexuais com menores de tenra idade. É importante também diferenciar, na prostituição, a atitude do explorador desta, ou o proxeneta.

c) COMPORTAMENTOS DESVIADOS. Alcoolismo, toxicomania, prostituição, são indubitavelmente problemas criminológicos, mas estamos de acordo com PINATEL no sentido de que "a Criminologia determina sua posição pela observação dos fatos. Pois bem, esta observação revela primeiro que a penalidade não tem nenhum valor de dissuadir, neste campo. Não basta criminalizar tais comportamentos para diminuí-los. O único valor da intervenção legal é advertir que estes comportamentos devem ser evitados. O que a observação permite assinalar, depois, é que estes comportamentos, no plano econômico, se integram a circuitos de serviços, tendo a proibição legal, como efeito, a substituição dos circuitos normais por circuitos clandestinos..." "O que interessa à Criminologia não é o modo de vida dos membros de um grupo, senão as infrações propriamente ditas que possam cometer" (Op. Cit.).

d) DELITOS CONTRA A VIDA E INTEGRIDADE CORPORAL. Ainda que, à primeira vista, possa parecer que não há discussão na criminalização deste tipo de delitos, alguns deles tem sido objetados, pelo menos como ocorre com o aborto (NELSON PIZZOTTI MENDES, "La despenalización de cieros delitos" (Losllamados delitos sin victimas" — Messis — rev. da División de Estudios Superiores Facultad de Derecho UNAM, vol. 1, setiembre, 1974), o homicídio com veículos, o homicídio revolucionário e o homicídio piedoso.

No que tange ao aborto, uma série de fatos são patentes: por um lado, é um dos delitos de maior cifra negra e no qual a impunidade chega a níveis mais altos (no México são calculados 650.000 abortos criminais por ano); por outro lado, não há provas que a legalização do aborto haja reduzido notavelmente os abortos clandestinos.

O número de vítimas que são produto dos abortos clandestinos é preocupante, a falta de técnicas apropriadas e de higiene traz graves consequências sanitárias e psicológicas.

No que se refere ao homicídio, não há dúvida de que algumas formas de privar a vida tem sido descriminalizadas em algumas épocas (infanticídios, eutanásias, etc.).

Atualmente, o problema apresenta-se ante novas formas e fronteiras da morte e o uso de ressucitadores, assim como a denominada "vida artificial", cuja suspensão não deve estar criminalizada.

O homicídio por imprudência, causado pelo manejo de veículos a motor, chega a ser um dos grandes problemas criminológicos contemporâneos. As opiniões se dividem, já que a gravidade desta conduta a torna uma das mais indesejáveis, pois todo habitante de um país civilizado está exposto a morrer atropelado, esmagado ou queimado por um veículo, e por outra parte, em qualquer momento pode se converter em um homicida. O condutor do veículo pode ser mais perigoso do que um delinquente habitual e causar maior dano, mas seria um criminoso igual ao homicida voluntário, doloso?.

Finalmente, o homicídio político ou revolucionário, deve ser descriminalizado? Abrigamos, como nossa, a opinião do insigne PINATEL: "Para a Criminologia científica a dificuldade não é de princípios: o homicídio intencional e revolucionário é sempre homicídio" (Op. citada).

VIII — A CRIMINALIZAÇÃO

A criminalização é a contrapartida da descriminalização e acreditamos ser necessário dedicar-lhe algumas linhas para rodear o tema.

A Política Criminológica não pode-se basear tão somente na descriminalização. Assim como as mudanças sociais tornam inócuas certas condutas, da mesma forma surgem outros comportamentos que necessitam ser criminalizados.

Algumas das preocupações que devem ser observadas ao criminalizar-se, são acertadamente assinaladas por L. H. C. HULSMAN:

a) Nunca deve fundar-se de maneira exclusiva no desejo de impor a todos uma concepção moral sobre uma conduta determinada.

b) Tão pouco deve ter como objetivo essencial a criação de situações que pretendam ajudar ou tratar o delinquente potencial, ainda que seja em seu próprio interesse.

c) Não se deve recorrer a criminalização, quando tal procedimento supõe ultrapassar a capacidade do sistema de justiça.

d) Não deve servir de pretexto as aparências de solução de um problema. ("La Décriminalisation". Coloquio de Bellagio, Itália, 1973).

Efetivamente, em ocasiões se criminaliza para impor certas ideologias religiosas, éticas, políticas ou econômicas, com desprezo absoluto pelos direitos humanos ou se aparenta a solução de problemas, cedendo, às vezes, à pressão dos meios de comunicação (imprensa, em geral).

Antes de criminalizar deve-se estudar com amplitude as possibilidades da administração da justiça e do tratamento do delinquente.

O citado autor insiste em que não devem ser criminalizadas (Op. citada):

a) Condutas que somente se manifestam em grupos débeis.

b) Comportamentos que não costumam ocasionar denúncias à polícia.

c) Condutas muito frequentes ou próprias de grande número de pessoas.

d) Condutas que apenas costumam aparecer normalmente relacionadas a situações de extrema miséria física ou moral.

e) Condutas, cuja definição precisa é difícil ou as quais a população considera admissíveis.

Pelo contrário, o que deve ser criminalizado? Em geral, devem ser criminalizadas as condutas que atentem gravemente contra o bem comum ou seja aquelas que danifiquem ou ponham em perigo os bens fundamentais da cultura.

A maioria destes comportamentos danosos já estão criminalizados, porém, paulatinamente, surgem outros dignos de serem tomados em conta; atualmente os autores estão particularmente preocupados pelos seguintes:

a) Corrupção governamental, tanto nacional como transnacional. As atitudes ou formas de aproveitamento, ao ocupar um posto público para enriquecer, foram consideradas em muitos países como normais até pouco tempo. No momento, graças a alguns escândalos referentes à corrupção política, pensa-se que devem ser estas condutas das mais criminalizadas.

b) Criminalidade organizada (comum). Com grandes meios e contatos internacionais, trata-se de grandes grupos que utilizam a violência, a chantagem, a ameaça e a corrupção para obter fabulosos ganhos. Geralmente controlam o jogo, a prostituição, o tráfico de drogas e as demais atividades clandestinas ou semi-clandestinas.

c) Criminalidade econômica transnacional. Os grandes impérios econômicos conseguem enriquecer continuadamente a custo de países economicamente débeis. As operações semi-fraudulentas com ações, o tráfico de moeda, o abuso de patentes, as dádivas a políticos, devem ser criminalizadas.

d) Criminalidade de "colarinho branco". Denominada assim, com uma expressão pouco feliz na tradução portuguesa e pouco com-

preensível para os países latinoamericanos. A criminalidade de colarinho branco ("White collar crime"), é aquela de certos indivíduos que obtém impunidade graças à sua alta hierarquia ou cargo de proeminência (industriais, políticos, financistas, etc.). Fala-se de um colarinho branco frente a um colarinho azul ("Blue collar"), cor do uniforme dos operários, pois se supõe que estes apenas cometem pequenos delitos ou abusos.

A criminalidade, que nos ocupa, em muito, tem a habilidade de obedecer à lei, mas violando seu espírito e dedica-se, geralmente, a fraudar o grande público, vendendo-lhe coisas inúteis, adulterando produtos, colocando menor quantidade da que pode conter o invólucro, aumentando os orçamentos para obras, fazendo obras inúteis, etc.

e) Exploração criminal de sócios e clientes nos negócios, assim como de empregados e operários.

f) Terrorismo e violência indiscriminada. Os sequestros de pessoas, desvios de aeronaves, atentados a dinamite, e os demais meios de luta "revolucionária", que danificam vítimas inocentes e alheias, devem ser repudiadas, criminalizadas e combatidas a nível internacional.

g) Violência institucionalizada. Uma das grandes preocupações criminológicas atuais é o aumento da violência por parte do estado, principalmente a cargo de corpos policiais ou para-policiais, inclusive com o emprego de meios de tortura.

IX. CONCLUSÃO

A criminalização deve seguir princípios similares aos da descriminalização. Deve ser oportuna e justa, e estar baseada na realidade.

O criminalizar uma conduta não quer dizer que esteja solucionado o problema. Basta recordar a Lei Seca nos Estados Unidos para saber que uma criminalização mal feita é criminógena e não remediando um problema o cria.

Criminalização e descriminalização são partes de um todo denominado Política Criminológica, e fora dela não tem razão de ser.

Pensamos com ANTHONY COOPER (XXV Curso Internacional de Criminologia, Guayaquil, Ecuador, 1975), que "a descriminalização é a eliminação dos ramos mortos para que o tronco possa ficar são e recobrar sua capacidade em todo o vigor".

E, finalmente, acreditamos, com o mesmo autor citado, que, se alguma vez foi escrito um livro denominado "Muitos Advogados", já é tempo de escrever outro que se denomine "Demasiado Direito".

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O CRIMINOSO, A FIXAÇÃO DA PENA, EM FACE DAS RECENTES CAUSAS BIOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE

Paulo Moura
Promotor Público — Sergipe

O homem que pensa e age, o homem em seu lugar de trabalho, a mesa de sua casa, o homem em seu automóvel sentindo os problemas do combustível, nos supermercados ressentindo-se com a inflação, o esportista em seus treinos, o pescador puxando a sua rede, onde vive tal como é, em seus sofrimentos e ações, com todos seus cuidados e dúvidas, desejos e ambições, em suas perfeições e deficiências, "o criminoso" aguardando o tempo passar para voltar à sociedade, muitas vezes sem condições outras, esta mesma sociedade que lhe enclausurou pelo ato contra ela praticado. Isto é a moderna ciência do homem!

Ciência não só excitante e atraente como os melhores filmes mas ainda do mais alto valor prático, pois a ciência da vida de hoje, cujo conhecimento permite ao iniciado organizar a sua existência segundo os preceitos da ciência moderna, aumentar a sua capacidade profissional, conservar a sua saúde, vencer as enfermidades do corpo e do espírito, prolongar a existência e durante a juventude, participar, por mais tempo e mais vivamente que seus ancestrais, das alegrias da vida e dos progressos dos tempos atuais. Com as novas descobertas do relacionamento entre as anomalias cromossômicas e as tendências delituosas, imperativo se torna retirar da ciência seus conhecimentos e aplicarmos ao direito, com a finalidade de descobrirmos a personalidade dos infratores da lei e possamos determinar uma pena adequada para uma terapêutica educacional e adaptação social futura.

Um homem aparentemente normal, pode ser condenado como se normal o fosse, sem atenuantes, medidas de segurança ou mesmo tratamento especializado, quando a decisão mais acertada seria o internamento em hospital apropriado para sua recuperação, isto se o julgador não tiver em mãos um exame médico legal especializado e circunstanciado, indicando através do "cariotipo" a posição, quantidade e forma dos cromossomas, bem assim as características principais de personalidade tendente ou não a determinados atos anti-jurídicos.

É de se observar que o legislador moderno vem dando especial atenção para o tráfico e uso de entorpecentes punindo com maior rigor e severidade o "traficante", oferecendo no entanto maiores condições, para tratamento e recuperação do "viciado" como se vê das normas disciplinadoras no capítulo II da Lei nº 6.368 de 21.10.1976, bem assim, as oportunidades processuais daqueles que são agora denominados de "experimentadores".

Em recente caso na cidade de Santo Amaro, Termo da Comarca de Maruim, Estado de Sergipe, um jovem de 26 anos aproveitando-se da ausência dos pais de uma menor excepcional com 5 anos de idade, além de paralítica, surda e muda, tomou-a dos braços da irmã e levou-a para dentro do quarto envolta em um lençol, onde em cima da cama praticou verdadeira monstruosidade sexual.

Um outro caso, foi na Comarca de São Cristóvão, quando um cego, depois de atrair uma menor com "bolachões" para o interior de sua casa, segurou-a pelo braço, satisfazendo ali com o dedo seus instintos sexuais anormais, ambos se encontram presos e processados na forma da Lei Penal.

O fato que nos chamou atenção foi justamente o que teria despertado naquele ser deformado, para o jovem delinquente, praticar tamanha bestialidade.

Deve o Ministério Público articular tão somente a condenação do criminoso sem pesquisar a profundidade daquele ato, deixando apenas para defesa fazer a prova, calcada no princípio de que o "ônus da prova cabe a quem alega" e o juiz proferir sua sentença condenatória sem possuir em mãos dados médicos ou científicos que possam medir o alcance doentio do delito sub-judice.

Por que então o homem que infringe a Lei dos Tóxicos tem aquelas oportunidades e lhe são oferecidas condições para tratamento, recuperação, etc., enquanto aqueles que praticam delitos contra os costumes e principalmente contra o maior bem jurídico (vida) não recebem as mesmas atenções do legislador moderno?

Como Anita Malfati juntamente com Mario de Andrade e outros foram os percussores das artes plásticas no Brasil lançando em São

Paulo a primeira semana modernista, bem assim o foram no campo da doutrina criminal Gall, Lavater, Cesare Lombroso, que ainda hoje tonifica o Direito e alimenta a Criminologia, disse este a Justiça: "Conhece o homem", enquanto dizia Cesare Beccaria: "Conhece a Justiça", quando naquela época as opiniões se diversificavam.

As principais conclusões de Lombroso podem ser assim sumariadas: 1) o criminoso, propriamente dito, é nato; 2) é idêntico ao louco moral; 3) apresenta base epilética explicável, sobretudo, pelo atavismo; 4) forma tipo biológico especial. Desta última, já naquele tempo apontada e estudada, é claro, sem os recursos científicos de hoje iremos nos ocupar, porisso, o Dr. Agenor Teixeira de Magalhães, fez renascer no I Encontro do Ministério Público em Sergipe, "A NOVA TEORIA DO CRIMINOSO NATO", fornecendo para tanto um manancial de dados técnicos e científicos advertindo com seu trabalho, o julgador, para não mandar ao cárcere um homem doente, cuja punição indicada seria o tratamento médico.

Como então procedermos para atingirmos o nosso objetivo sem ingressarmos no campo da ciência médica? Ora, o estudo da Genética começou a despertar atenção do ser humano desde os primórdios da antiguidade. Na Bíblia Sagrada existem cinco Livros importantes dentre os quais nós citamos o Êxodo, Capítulo V, onde se vê "Eu sou o Senhor teu Deus, Deus forte e zeloso, que vinga a iniquidade dos pais nos filhos, até a terceira e quarta geração de aqueles que me aborrecem".

Aí está, Senhores Congressistas, interessados pelo Direito e pela Ciência, os primeiros alvores da Genética, cujo texto acima devemos entender com os efeitos dos bons ou maus hábitos dos genitores, que influem, se transportam e se manifestam nos seus descendentes.

Como iremos chegar as modernas causas biológicas relacionadas com a pessoa humana no aspecto criminal? Inicialmente partiremos para o campo de Francis Galton, obtidos os resultados desejados nesta área da Ciência, seguiremos o caminho da doutrina criminal até atingirmos o nosso ponto de vista.

Diz a Lei Penal que o juiz ao fixar a pena deve atentar para os "antecedentes e a personalidade do agente", a intensidade do dolo ou grau de culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime". Pergunta-se, isto é obedecido? Quais os dados fornecidos ao juiz para prolatar a sua sentença? São aqueles do procedimento policial? Do boletim individual e informações de vida pregressa! São colhidos na prova testemunhal, tão bem analisada por Dellepiane em "A Nova Teoria da Prova". Não, o julgador, sentencia quase sempre sem ter consigo um laudo médico especializado que possa estabelecer no crimi-

noso o prognóstico criminológico, dentro daquela triologia ditada por Luiz Jimenez de Asua, em "El Criminalista", aspecto antropológico, psiquico e moral.

Voltemos então as causas biológicas. A personalidade não nasce com a pessoa, e sim com o seu desenvolvimento, podendo no entanto influir sobre ela elementos congênitos, adquiridos ou hereditários.

Genética é a ciência que estuda a hereditariedade, isto é, a transmissão de caracteres de uma geração para as outras.

Como já ficou dito, desde a antiguidade a atenção do homem foi despertada para as semelhanças muito particulares existentes entre indivíduos de várias gerações, principalmente entre os descendentes de um determinado casal, tanto na espécie humana como nas outras espécies de animais e plantas.

Além dos estudos de Lamark e a seleção natural de Darwin, merece maior atenção os trabalhos do monge Agostinho Gregório Mendel. Na horta do convento de Brunn em 1865, quando na época nasceram ervilhas de flores vermelhas e outras de flores brancas, naquele tempo não se compreendeu o alcance dos resultados obtidos por Mendel, mas no início deste século, seus trabalhos foram redescobertos, repetidos e convenientemente analisados, Mendel constatou que cada característica exibida por um organismo seria condicionada por um determinado fator. Os fatores ou Gens, sabe-se atualmente, estão situados nos cromossomos, formações que se encontram no núcleo de todas as células. Para cada espécie de Animal ou Planta encontra-se um número *n*, de cromossomos nas células germinativas e 2 *n*, nas células somáticas isto é, nas células somáticas existem dois lotes de cromossomos iguais 2 a 2, enquanto que nas células germinativas existe apenas um lote. Cromossomos é o filamento cromático da célula que ocorre geralmente em número definido de cada espécie e que encerra os fatores da hereditariedade, enquanto que a Gênia é a base física da herança que se transmite na célula germinal e controla para assim dizer o desenvolvimento do ser. Como os Gens estão situados nos cromossomos, conclue-se que eles aparecem em dose dupla, nas células somáticas ou Diplóides e em dose simples nas células germinativas ou Haplóides. Cada caráter é determinado por um par de Gens.

Em um indivíduo normal as células apresentam dois representantes de cada tipo de cromossomos: um paterno e outro materno. A espécie humana tem 23 pares ou sejam 46 cromossomos, entre os quais estão os sexuais. Em estado normal são eles constantes, mas estão sujeitos a variações acidentais em número e forma, acarretando para a espécie atingida, anomalias muitas vezes incompatíveis com a vida; porisso determinado cientista frances constatou em alguns casos a presença de um cromossomo adicional em vez de 46 o examinado apresentou 47, surgindo daí quaisquer tipo de anomalia.

A bioquímica que contava com mutações infindáveis para descobrir a sutil graduação da hereditariedade molecular, encontra-se diante das complexas super dosagens genéticas, devido ao cromossomo completo, agindo por excesso ou por escassez.

Os Gens recessivos só determinam um caráter quando aparecem em dose dupla. Desta forma, devido ao acaso, um determinado caráter de uma geração, muitas vezes só reaparece depois de grande número de gerações intermediárias.

Mas a segregação dos Gens recessivos não é a única causa do nascimento com caracteres completamente inesperado: outra causa fundamental deste fenômeno são as mutações.

Aceita-se que os Gens sejam formados por um complexo químico denominado Ácido Desoxi-Ribo-Nucléico (ADN) nos Estados Unidos (DNA), onde estudos recentes e perigosos estão se processando tendo como uma das finalidades a cura do cancer, tais experiências estão se realizando com muita cautela e fiscalização devido ao seu caráter aventureiro podendo em caso de acidente surgir um mal incontrolável ou uma espécime monstruosa.

Não iremos nos apegarmos a vários aspectos da biologia, é que para chegarmos ao centro do nosso trabalho tivemos a necessidade de ilustrações e tecer determinadas considerações sobre genética, matéria por demais estranha ao bacharel, no entanto não podemos falar em "diagnóstico criminal" sem divagarmos sobre a ciência médica, ou ainda, esquecer das glândulas de secreção interna como a hipófise e tiróide cujas influências na pessoa humana são por demais importantes no funcionamento da grande e complexa máquina, colaborando para um temperamento agressivo ou calmo.

Mas, será que estas anomalias originadas dos fatores X e Y podem perturbar o psiquismo. Dr. Karl von Frisch da Universidade de Munich publicou o seguinte trecho na Revista Médico Cultural em 1970 "Sabemos que quem possue um cromossomo a mais deve ser considerado doente. É um dado real que a frequência dos X X Y nos sentenciados é mais alta que no resto da população, mas não se pode afirmar que alguém possa nascer criminoso. Não é um cromossomo a causa de um crime, mas um conjunto de reações acompanhadas da falta de auto-controle".

Não pode causar surpresa encontrar no portador de um X a mais, cuja personalidade é insuficientemente estruturada, o comportamento anti-social frequentemente criminoso como bem se reporta a síndrome de Klinefelter.

É neste ponto que surge o problema de interpretar juridicamente os efeitos da anomalia, o especialista deve comportar-se como diante de qualquer forma clínica e desequilíbrio psicopático.

O exame psiquiátrico e médico social deve procurar os elementos de uma sintomatologia conhecida.

As teorias de Cesare Lombroso têm uma base antropológica incisiva, representam uma etapa e um progresso nos nossos conhecimentos e interpretações.

Lombroso ao cuidar do criminoso nato, não afirmou que os portadores daqueles estigmas, por ele apontados, fossem invariavelmente criminosos. Ele afirmava que aquelas características, deixavam evidenciadas uma predisposição ao delito e Ferri complementava, afirmando, que a influência das condições e ambiente, as físicas ou sociais são inseparáveis das congênitas e hereditárias condições individuais.

Já tivemos oportunidade de ver que o portador de anomalia é um doente, então podemos asseverar que constitue no homem predisposição a prática de atos anti-sociais.

Deste modo, pode-se falar em predisposição biológica para o crime, na seara jurídica? O portador de tal anomalia é ou não responsável? Pode ou não ser punido? No catálogo dos crimes, perante a justiça francesa, esta já se pronunciou no caso Hugon em que pese não ter sido considerado louco, a sentença reconheceu-o culpado com circunstâncias atenuantes, então pedimos vênia aos Senhores Congressistas para transcrever antes das nossas conclusões alguns trechos de E. Mira i Lopez em seu Manual de Psicologia Forense bem assim nos "Ensaios de Psicologia Criminal" de Angelo Dourado, ou ainda na "Psicopatologia Forense" de J. Alves Garcia "Não é levando ao cárcere um homem com um número nas costas e um artigo do Código Penal na alma que conseguiremos recuperá-lo e evitar o crime. Seria o mesmo que hospitalizar um enfermo grave e não tratá-lo. Há de se convir que semelhante solução não é justa nem humana tão pouco científica ou cristã. Mas é cruel e vingativa, especialmente se considerarmos também a família do criminoso, sua esposa jovem que não fez voto de castidade e o desamparo em que ficam os filhos. A pena deste modo ultrapassa o criminoso e pune a sua família. Não é individual, mas atinge também um grupo de pessoas inocentes. Como já dizia o Professor Jayme de Altavila, em seu livro "A origem do direito dos povos": "O Jus Taliones que ainda não foi superada, inteiramente, exclue-se o criminoso da sociedade". Pergunta-se, como um indivíduo ou qualquer delinquente pode interessar-se por uma sociedade que lhe nega a recuperação e não tem por ele interesse humano? Sabemos todos do drama do reingresso do ex-detento no meio social, das dificuldades de conseguir trabalho, da desconfiança geral que o perseguirá para sempre. Dessa forma a sociedade não estará forçando a reincidência? O tratamento cruel, pode conseguir pelo medo, mas também certamente desobriga o criminoso de respeitar os ditames

sociais. Aumentando o sofrimento, diminui a dependência o respeito às leis, o temor a pena, porque a retribuição do ódio gera o rancor e eterniza o ódio.

Diante destas considerações chegamos às seguintes conclusões:

1) Que, com a descoberta das anomalias cromossômicas, não se tem dado ao exame da personalidade do criminoso, a importância que ele está a reclamar, apesar das recentes modificações relacionadas com o sistema carcerário;

2) Que, verificando como é complexa a sua pesquisa, envolvendo problemas estranhos ao Direito, não podemos cruzar os braços ante as dificuldades, o Direito não pode e nem deve parar, tende a se desenvolver e acompanhar o progresso da humanidade ao mesmo tempo humanizar este desenvolvimento;

3) Precisamos aplicar os conhecimentos científicos modernos para concluir um "diagnóstico criminal" do agente, examinando sua temibilidade, capacidade de delinquir, o grau de sua inadaptação social, o ambiente em que viveu e suas "anomalias orgânicas";

4) Necessário se torna o emprego de novos métodos com a atenção voltada em profundidade para a personalidade do agente, a fim de que possamos aplicar pena ou terapêutica adequada para a sua recuperação, pois se assim não fizermos jamais conseguiremos baixar o índice da criminalidade em nosso País.

S U G E S T Ã O:

No processo comum, bem assim nos apreciados pelo Tribunal do Juri, o Juiz após terminada a instrução solicitará exame médico para selecionar possíveis alterações genéticas, endócrinas ou psíquicas na pessoa do agente.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

INDENIZAÇÃO A VÍTIMA DO DELITO

Lina da Conceição Lucas
Promotora de Justiça de Caeté

A base, onde se assenta a obrigação de indenizar a vítima do delito, está contida no art. 159, do Código civil:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553.

Vê-se, pelo enunciado neste artigo que a todo ato ilícito corresponde uma responsabilidade cível de reparação do dano, que em outras palavras significa: quando uma pessoa violada no seu direito, seja ele de ordem material ou moral, ver ressarcido o dano provocado pelo ato ilícito, através de indenização.

Em Direito Penal, dos efeitos da condenação há o de tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime:

Art. 74. São efeitos da condenação:

I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime; e, o cumprimento do efeito causado pela condenação penal, através de indenização, é remetido ao juízo cível pelos arts. 63 a 65, do Código de Processo Penal.

Art. 63. 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.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime, se for o caso, contra o responsável cível.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o Juiz da ação cível poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65 — Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.

Hoje, com os frequentes acidentes de trânsito, se discute da legalidade da condenação, em ação ordinária de indenização, por dano moral sofrido pelos pais da vítima do acidente, mormente, sendo ela menor, sob a alegação de que a menor os pais devem alimento e não o direito de ser alimentados, faltando, assim, o dano econômico causado a eles pela morte do menor.

Ora, não bastasse a regra geral: a todo o fato que der causa ao ilícito é devida a indenização correspondente, seja ela, pois, movida pela negligência, imperícia ou por ato de vontade, temos já consubstanciado na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento do dano moral como indenizável, não em forma de compensação à dor moral sofrida pelos parentes da vítima, mas sob o fundamento de que o ressarcimento se assenta na violação do direito pelo ofensor, mesmo estando o direito em potencial, isto é, na esperança que os pais alimentam de se ver melhorada a situação financeira do lar com a contribuição do menor, quando este começasse a trabalhar, ou mesmo depois de terminar os estudos e se formar um profissional.

Em "O Dano Moral e sua Reparação", pág. 338, observa, muito a propósito, Melo da Silva que "na ocorrência da lesão, manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte. E tanto faz que tal lesão tenha ocorrido no campo de seus bens materiais ou na esfera daqueles outros bens seus, de natureza ideal. O que importa, o que é mister, é a reparação, pelo critério da equivalência econômica, num caso, pelo critério da simples compensação, da mera satisfação, como queiram, no outro. Esta se diante de um dano a cuja reparação prever-se, este é que é a realidade. E muito embora, na hipótese do dano moral, a reparação se torne um tanto ou quanto dificultosa, não poderíamos, por isso, negar-lhe reparação. Seria ilógico, absurdo e mesmo injurídico que uma dificuldade de ordem material contribuisse para uma injustiça. A pureza de um princípio não poderia, jamais, ser isolada a uma questão contingente."...

A imparcialidade do cumprimento da obrigação de se indenizar a vítima do delito forma condição para o delinquente obter favores de: livramento condicional, art. 60, III, reabilitação, art. 119,

II, e receber atenuação da pena, art. 48, IV, *b*, todos do Código Penal, e, isto nos leva a crer na eficácia do preceito indenizatório, mas na realidade a indenização à vítima do delito, em matéria penal, é impraticável ao se deparar com a reparação da responsabilidade civil da penal advinda do delito.

O caráter indenizatório em direito penal não deve ser encarado sob o ponto de vista individual, isto é, proteção à vítima no seu patrimônio de ordem material, que é campo da lei civil, o que se deve encarar no direito penal é sob o ponto de vista da repressão ao crime de dano advindo do delito, que em direito penal constitui ofença moral sintetizado no respeito. E, de outro lado, a ineficácia da obrigação indenizatória sem o cunho penal de cumprimento é a constante, diante do nosso sistema, pois, ocorrendo, casualmente, a execução no juízo cível da sentença condenatória do juízo penal, para efeito da indenização à vítima do delito, esta encontrará enorme barreira: a formada pelo mito-fator econômico, criado e sustentado pela sociedade inerte em corrigir as diferenças econômicas entre os que a compõem, colocando fatalmente a vítima do delito sem recurso para obter a indenização que em direito lhe é devida, mas que de fato lhe é negado, tanto pelo fato econômico quanto pela morosidade da máquina judiciária responsável pela inércia ou omissão da parte prejudicada.

De outro lado eliminando as condições para livramento condicional e reabilitação temos pela frente os seguintes embargos, dentre outros: 1° — para o livramento condicional, art. 60, do Código Penal:

O Juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que: ... III — satisfeitas as obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência do condenado.

Em tese, para a minoria e de fato para a maioria, os condenados por delitos penais são insolventes. Segregados da vida social, colocados por dias, anos e meses dentro de uma cela no completo isolamento, recebendo apenas o de comer, vão se tornando cada vez mais insolentes. Em Minas Gerais ,por exemplo, onde existe apenas uma Penitenciária Agrícola, alguns condenados à pena de reclusão é que encontram vaga naquela casa de cumprimento de pena, onde atendendo aos períodos estagiários do sistema penitenciário, chegam a gozar do privilégio de poderem trabalhar remuneradamente. Então, a condição examinada é texto morto para o juiz ao examinar o processo a fim de conceder livramento condicional. O condenado não tem condições, dentro de nossas prisões de demonstrar que quer reparar o dano se é colocado em condições de tão somente ruminar a sua desgraça e criar e alimentar sentimento de repulsa à ordem social, que ao invés de o recuperar o torna mais ante-social. A Justiça que se lhe quis

fazer perceber através da pena é na verdade a desumanização do homem.

Aplicar a pena e formar conclusões para o condenado indenizar a vítima do delito é um imperativo na sua recuperação, levando-o a formar em seus hábitos o respeito à pessoa humana, não como uma célula isolada dentro do comportamento social, mas como parte da sociedade, onde há dependência de uma pessoa para com a outra na formação de grupos igualmente dependentes: família, trabalho, pátria e religião.

Nos raros casos em que a condenação possui meios de ressarcir o dano, para o exame em tela, necessário que a vítima, ou aquelas pessoas autorizadas pela lei, tenha requerido a reparação no juízo cível, pelo ofensor, caso contrário, da omissão da parte ofendida, o texto art. 159, Código Civil, que a princípio pareceu estabelecer obrigação à indenização à vítima de delito, se torna condicional e na prática forense é letra morta. O exercício deste direito, na prática é letra morta afirma-se porque por exemplo em crime de homicídio não conheço um caso sequer de condenado, por este ilícito penal, ter ressarcido o dano à família da vítima, que na maioria dos casos é a mais vítima do ilícito, pois pelas estatísticas tem-se que as vítimas por homicídio geralmente são pobres ou arrimo de família, cuja morte trouxe, além da dor, o desequilíbrio financeiro até mesmo a fome no seio de sua família.

O ressarcimento do dano causado à vítima constitui também circunstância atenuante à pena, art. 48, IV, b, do Código Penal, sendo, pelo já estudado, mais um texto sem aplicação. Em toda a minha vida forense nunca assisti a elaboração de quesito referente a esta atenuante, nem consideração a respeito da mesma e em sentença no juízo singular.

Há muito que as regras reguladoras dos usus, costumes e necessidades, formadas pela mudança dada ao valor de um bem ou de um comportamento, se acham imutáveis, como se a vida social fosse estática. Atribuimos tal comportamento à carência de verdadeiros homens de inteligência dinâmica em prol da sociedade ideal, onde o homem é o valor supremo e o bem comum a meta. Está-nos parecendo que o homem ficou conturbado pela evolução científica, sofrendo, *ipso facto*, de aleamento aos valores morais. A família a religião e a prática constituem o alicerce da formação dos sentimentos de amor e respeito. Hoje o casamento é quase uma instituição falida, a religião um campo de pesquisa e a pátria um jogo de palavras envolvendo vários interesses.

Na vida jurídica está ocorrendo o massacramento desses valores. As decisões judiciais estão levando o povo a desacreditar na jus-

tiça, logo, no valor da ação como meio de se restabelecer a ordem. Vamos acordar para a realidade social. O direito tem que ser *é* e não já *era*, para tanto, temos que trabalhar junto de nossos corações para refletir no dos legisladores, no sentido de corrigir as distorsões dos valores, formadas pelo mundo da máquina. Lembremos, então, que somos sociais para a cooperação mútua e não para a disputa na transformação do equilíbrio do universo, e, os princípios rígidos de combate ao erro devem voltar a ser a arma e o lema da pessoa de bem.

Inteligentemente, usando do valor maior da época, ou seja o bem material, o legislador deve atualizar o direito penal tornando regra geral a pena pecuniária para qualquer condenação neste diploma.

Lembrando Antolise (Manuele de Diritto penale, Parte Generale, Milão, 1947, pág. 423: "O ressarcimento do dano é um mal para o condenado, podendo ser às vezes mais gravoso do que a própria pena", nós trocaríamos o objetivo gravoso pelo similar: opressor, por entendermos aproximar mais de nosso objetivo, qual seja da recuperação do homem através do meio que mais atinja a sua sensibilidade.

O primeiro passo, pois, será tornar o princípio da repressão penal o de indenizar a vítima do delito, como de fato o é, condição indispensável para reabilitar o delinquente para a vida social, onde o exercício do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade forma a paz. O delinquente no exílio do cárcere vai se preparar para a vida em sociedade, cujo bem a ser tutelado provem das relações entre os indivíduos como seres sociais. Logo, o ato ilícito atinge a vítima não só individualmente mas como parte de um todo, por isto é abrangente: toda sociedade é atacada pelos seus efeitos. Este é o espírito da nossa lei penal que sentimos na sequência dos seguintes artigos:

Art. 74, I — São efeitos da condenação:

tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime.

Art. 60. O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que:

III. satisfeitas as obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência do condenado. (merecerá relevo tal ressalva).

Art. 119.

§ 1º A reabilitação poderá ser requerida decorridos cinco anos em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou

terminar sua execução e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional, da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado:

c) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

A indenização a vítima do delito é aqui, sem dúvida, vista como decorrência do crime. O comportamento criminoso foi que deu origem ao ressarcimento, o que não importa em uma sanção civil distinta dado que o fim da sanção indenizatória provém dos efeitos do ato ilícito penal tão somente. A sanção civil, na sua natureza, nos seus fins e na sua jurisdição não fica comprometida por pertencer a outro ramo do direito.

Comentando a ressalva: ou demonstre absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, disse Aloysio de Carvalho Filho que ela visa a que não seja estorado o reajustamento social do criminoso pobre, só porque, sendo pobre, não pode preencher uma das exigências da lei e que a situação econômica não dá nem tira a ninguém o merecimento das ações, e se, nesta altura, não influi para a aplicação da pena não servirá, logicamente, de privilégio para a reabilitação social dos criminosos, no que discordamos seguindo o nosso conceito de não insolvência do condenado, que é solvente bastando contribuir com o mínimo permitido por sua posse, seja até Cr$ 1,00 por mês, mas com isto tenha demonstrado conhecer sua obrigação moral de ressarcimento do dano e a procurou cumprir dentro do limite de sua faixa econômica. A obrigatoriedade de indenização para o criminoso pobre deve ser igual a de sua posse, não em termos de fixação igual em prestações monetárias, mas em proporção igual conforme disponibilidade financeira, só assim a reabilitação se efetiva. O homem se integra na vida social sentindo-se igual perante a lei, como pessoa humana e não desigual por pertencer a classe social diferente. A política de paternização do criminoso pobre vem aumentando o índice de criminalidade neste meio. Com a pena de indenização à vítima do delito a ser cumprida juntamente com a de prisão carcerária e mesmo depois de cumprida esta nos casos a ser previstos em lei, por exemplo prestação de alimentos à família da vítima por homicídio, fará, incontestavelmente, diminuir o índice de criminalidade, por formar na consciência daquele prestes a delinquir um conceito moral de responsabilidade sobre as consequências do seu ato.

A eficácia da separação da responsabilidade civil da penal, para fim de se indenizar a vítima ou a quem de direito, além do já exposto, é válida para deixar operar autônomamente o dispositivo do art. 1.525, do Código Civil, que ao estipular: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se poderá, porém, questionar mais sobre

à existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime, em confronto com os artigos: 65, do Código Penal e 160 e 1.540, do Código Civil, vem formando jurisprudência discordante, pois o alcance indenizatório muda de feição no julgamento pelo juízo civel. Assim é que ao enunciar o art. 65, do Código de Processo Penal. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito; o artigo 160, do Código Civil, não constituem atos ilícitos: I — Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; e o art. 1.540, também do Código Civil. As disposições precedentes aplicam-se ainda ao caso em que a morte, ou lesão, resulte de ato considerados crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido, se refere a aceitação do juízo civil da decisão do juízo criminal na proclamação da inexistência de crime, por um destes motivos, o que não comporta mais indagação, no entanto, no cível, não obstante a proclamação da inexistência de crime e de ato ilícito procurar-se-á saber se ficou, também, excluída a responsabilidade indenizatória pelo dano real e efetivo que o ato proporcionou a outrem. À vista disto, no cível, haverá sempre indagação quanto a reparação do dano causado pelo delito, embora justificável no criminal, feriu direito alheio causando-lhe dano. Vê-se, pois, da desnecessidade de vinculação da indenização à vítima do delito penal ao juízo cível, que por sua natureza de direito privado examina o dano patrimonial sofrido por outrem alheio à ação determinante da licitude ou não do ato, verificado no juízo penal. O que se quer dentro da processualística penal, com direito público, é corrigir, através da indenização à vítima do delito, o aumento dos problemas sociais, como a pobreza, advindos do delito e, proporcionar ao delinquente igualdade perante a lei, levando-o a reintegrar-se na vida social como membro efetivo desta, corrigida a alienação provinda do fator econômico.

Assim sendo, a reforma que se quer ver operar não constitue duplicidade de encargo indenizatório à vítima do delito.

CONCLUSÕES

1. Como sugestão, considerando que o sentenciado deve ter condições de voltar à convivência social recuperado, se propõe a inclusão de indenização à vítima do delito na sentença condenatória, na proporção de um terço do rendimento mensal, pelo tempo estipulado na pena do artigo referente à infração.

2. A vítima do delito, para efeito de recebimento da indenização em caso de morte do ofendido, será a pessoa dependente do mesmo na ordem sucessória: esposa, filhos, mãe, pai, ou quem nomeado.

A simplicidade da proposição do tema quer mostrar solução simples para a vida simplesmente.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

COMISSÃO TÉCNICA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL
E DIREITO PENITENCIÁRIO

Ministério Público do Estado do Paraná

M e m b r o s

Presidente: *Eduardo Corrêa Braga*

Relatores: *Osman Caldas* e
Luiz Schiminn

LEI 5.941/73: FACULDADE JUDICIAL OU DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO?

Dr. Geraldo Batista de Siqueira
Procurador da Justiça — GO. — Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Católica

SUMÁRIO

1. . Considerações Preliminares
2. . Decisões Jurisdicionais: Motivação
3. . Faculdade Judicial
3.1. . Lição de CARLOS MAXIMILIANO
4. . Posição Doutrinária
5. . Posição da Jurisprudência
6. . Interpretação: Método Lógico-Sistemático
7. . Recurso da Decisão que Concede a Liberdade Prevista na Lei 5.941/73
8. . Aplicação da Lei 5.941/73 às Prisões em Flagrante
9. . Considerações Finais
10. . Conclusão

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente trabalho, como estaria a sugerir o título, não se dispõe ao estudo do mérito da referida Lei, discutindo sua eficácia no campo da repressão criminal ou da defesa do direito de liberdade do cidadão, na fase antecedente à definitiva entrega da prestação ju-

risdicional. Pretende-se fixar os contornos do alcance dos artigos 408 e 594, do Código de Processo Penal, após nova redação, que lhes fora dada. Em suma, procura-se a inteligência dos mencionados dispositivos.

Antecipando-se, porém, à análise do elemento sistemático, no Código de Processo Penal, que daria a interpretação precisa do texto, conveniente é a colocação da decisão judicial numa perspectiva doutrinária e histórica. Antes de qualquer tomada de posição quanto à faculdade judicial, consubstanciada no vocábulo *pode* inserido na lei processual em exame.

Entre outras dificuldades que a Lei 5.941 de 22.11.73 vem suscitando, na prática judiciária, situa-se a questão de saber-se: a liberdade do acusado, que aguarda julgamento do recurso, é faculdade inerente à função do juiz no processo?

É o tema preponderante do trabalho.

2. DECISÕES JURISDICIONAIS: MOTIVAÇÃO

Induvidosamente, para quem aceita a pluralidade de processos (e é a maioria, hoje, quem o faz) a decisão que concede ou nega a liberdade processual, decorrente da nova redação, dada aos artigos 408 e 594, C.P.P , põe termo a uma lide cautelar. A jurisdição, dela consequente, tem sua natureza, pois resolve conflito de interesses, materializado na pretensão coercitiva processual, do Estado, antagonizada pela pretensão libertária do acusado.

Admitida a jurisdição cautelar é de se lhe exigir, como atributo imprescindível a sua própria conceituação, ou melhor, uma de suas notas específicas, *a motivação*. Esta, como ensina HELENO CLAUDIO FRAGOSO tem inteiramente ligada a si a jurisdição (1). Segundo o magistério de BETTIOL se a decisão jurisdicional não é motivada perde sua natureza de providência jurisdicional, transformando-se numa ordem administrativa (2). Lembra, esse autor, o art. III, 1º, da Constituição Italiana, estabelecendo a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões jurisdicionais. A motivação das sentenças significa, numa perspectiva histórica, conquista da liberdade por parte e a favor do cidadão (3).

Refletindo o pensamento doutrinário, como não poderia ocorrer diferentemente, o nosso Código de Processo Penal é farto em normas, explicitando, quase que à redundância, o dever de fundamentação. GALENO LACERDA seleciona, sobre o tema, as seguintes disposições do nosso Código de Processo Penal: 21, 97, 315, 381, incisos III e IV, 387, incisos I, II e IV, 408, 493, 660 e 697 (4).

Pode-se acrescentar, do atual e futuro Códigos Penais, os artigos 42, 52 e 55, respectivamente.

3. FACULDADE JUDICIAL

Aplica-se ao tipo de decisão, em estudo, sob pena de resvalar-se para o princípio da íntima convicção, proscrito em nosso sistema processual (art. 157, C.P.P.) mais esta passagem de FRAGOSO, haurida em autores alemães: "a liberdade do Juiz na fixação da pena é, assim, aparente, pois ele não tem direito, mas o dever de escolher a decisão que melhor se adapte ao caso (5).

O magistrado, no exercício da função jurisdicional, é livre na valoração da prova, desde que obediente aos limites legais. No caso, não está ele, a priori, jungido à pretensão do acusado, em virtude da inserção do vocábulo *poderá*, no texto legal. Todavia, a construção de condições, a tipificação de pressupostos, primariedade e bons antecedentes, traça-lhe os horizontes para chegar à resposta à interpretação jurisdicional.

Se, dos autos, a prova emergente é da averiguação da primariedade, simultaneamente à verificação de bons antecedentes do recorrente, liberdade alguma sobra-lhe para negar o benefício pleiteado.

3.1. LIÇÃO DE CARLOS MAXIMILIANO

Vem a propósito da controvérsia o ensinamento do mestre MAXIMILIANO, negando absolutismo às consequências práticas do vocábulo *pode*. Em geral, prossegue o mestre, o vocábulo *pode* dá idéia de ser o preceito em que se encontra, meramente *permissivo*, ou diretório, como se diz nos Estados Unidos; e *deve* indica uma regra *imperativa*.

Entretanto, continua o autor, estas palavras, sobretudo as primeiras, nem sempre se entendem na acepção ordinária. Se ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemáco e ao telcológico, atinge, às vezes, resultado diferente; desaparece a antinomia verbal, *pode assume as proporções e os efeitos de deve.* (6)

Com efeito, satisfeitos os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes, o acusado pronunciado ou condenado será posto em liberdade, durante o fluir da instância na jurisdição superior. *O poderá*, da lei, perde sua literalidade, porque estéril, para ganhar contornos teleológicos, convertendo-se em deverá, em face da presença de outros elementos dentro da norma, primariedade e bons antecedentes, informadores do escôpo da mesma, isso tudo associado ao elemento sistemático, largamente esparso na lei, traçando o quadro de uma interpretação, que dá vida ao texto legal.

4. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

O assunto, sem dúvida novo na temática processual, dada a proximidade da promulgação da Lei 5.941/73, já foi objeto de bons estudos na literatura nacional.

Todos, porém, no sentido de que a liberdade durante o recurso, de que o acusado pode usufruir, é direito subjetivo seu. Nunca, mera faculdade, ato deixado ao alvedrio judicial.

O Prof. WEBER MARTINS BATISTA, num bem elaborado trabalho enfatisa: "Se o réu estiver solto e o juiz reconhecer na sentença condenatória que é primário e de bons antecedentes, sua apelação terá efeito suspensivo, ficando ele em liberdade até o trânsito em julgado da decisão" (7)

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO: "Se for revel e não for *primário*, e a intimação da sentença se fizer na pessoa de seu procurador (advogado constituído, este poderá interpor o recurso de apelo no prazo legal (5 dias). Mas, se até o último dia do prazo para a interposição do recurso, o réu não se apresentar à prisão, o recurso não mais poderá ser interposto e, se já o foi, não terá seguimento, salvo se o réu for primário e de bons antecedentes" (8)

Mas não é suficiente que o Juiz, negando ou concedendo o benefício ao réu diga, laconicamente, que o postulante é ou não é primário e de bons antecedentes, o que equivaleria ao exemplo de FRAGOSO, em trabalho já mencionado: "Julgo procedente a denúncia e condeno o réu como incurso no dispositivo já mencionado, às penas de 2 anos de reclusão e multa de 500 cruzeiros". É o que demonstra o Prof. NILO BATISTA, da Cândido Mendes, comentando em excelente trabalho, recentemente publicado, três acórdãos, do Estado do Rio de Janeiro.

Sobre o primeiro acórdão (H. C. nº 4.021, 2º CC. DO TAR, D.D de 1/10/75, III, 10.304) conclui o Prof. NILO BATISTA: "Da lição de Hungria, conjugada ao ensinamento comum dos autores, se extraem duas conclusões importantes. Em primeiro lugar, a de que a idéia de bons antecedentes não corresponde a de pureza absoluta, apanágio dos santos e de alguns poucos cidadãos virtuosos, mas sim de uma valoração positiva, numa escala que vai da apreciação de péssimos antecedentes a de bons antecedentes; havendo "saldo credor", há bons antecedentes, por modesto que seja o saldo. Em segundo lugar o da relatividade dos antecedentes judiciais, que verdadeiramente (até pelo princípio da presunção de inocência) só podem fornecer uma fração das informações necessárias à composição de um quadro geral da conduta do acusado, a partir do qual se procuraria definir e avaliar seus antecedentes.

A decisão que ora comentamos orientou-se neste sentido, e nos parece corretíssima. Outros julgados já haviam optado por essa inclinação" (9)

A primariedade e os bons antecedentes devem, assim, ser discutidos ante dados, colhidos para o processo.

5. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Juizes e Tribunais, inclusive o Pretório Excelso, não chegaram, ainda, a uma posição convergente. A controvérsia, como era esperado, viria do alcance que se pretendeu dar à palavra *"poderá"*, incrustada na Lei 5.941/73. Interpretação rigorosamente literal via no texto mera faculdade judicial, olvidando-se, entretanto, os pressupostos estatuídos: primariedade e bons antecedentes do acusado. Acumularam-se, nos Tribunais os pedidos de "habeas-corpus", postulando, os pacientes, o reconhecimento do direito de recorrerem, soltos, posto verem na medida pleiteada não um favor estatal, mas direito processual subjetivo seus.

Para evitar-se maior alongamento vamos a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. Pela mais irrestrita discricionariedade do juiz temos a decisão de que fora relator o Ministro **THOMPSON FLORES** (TJ — vol. 74, outubro, pág. 45): "Liberação provisória após a pronúncia. Para lográ-la não se faz bastante o reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, atributos outros ficam à discricionariedade do magistrado, por isso usou a lei a *expressão poderá* (C. Proc. Pen., § 2º do artigo 408, com a redação atribuída pela Lei 5.941/73, art. 1º), o qual dela não abusou.

Do mesmo entendimento é o Min. CORDEIRO GUERRA, com voto vencedor (RTJ, vol. 74, dezembro, página 669): "Faculdade. Lei 5.941, de 1973.

A decretação da prisão ou a revogação, em decorrência da sentença de pronúncia, no caso de réu primário e de bons antecedentes, é faculdade atribuída ao Juiz. Interpretação do § 2º, do art. 408, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei 5.941, de 1973".

E continua a jurisprudência, agora em sentido oposto, segundo o qual se o acusado reúne os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes, a concessão da liberdade é um dever judicial, temos uma pluralidade de acórdãos da mais alta Corte de Justiça.

Min. GERALDO RODRIGUES ALCKIM (RTJ, vol. 71, pág. 407, fevereiro): "A expressão *poderá*, constante do art. 408, § 2º, do Cód. de Proc. Penal não significa tenha o juiz a faculdade de conceder ou não, arbitrariamente, o favor legal. Da mesma forma no tocante à suspensão condicional da pena a lei diz que o juiz "poderá" suspendê-la.

Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE (RTJ — 76, Maio — pág. 468): "Revogação da prisão em flagrante de réu pronunciado reconhecido como primário e de bons antecedentes (art. 408, § 2º, do Cód. de Proc. Penal, na redação da Lei 5.941/73. Direito do acusado, salvo declarada razão que não o recomende, ao benefício legal, que o juiz não tem a faculdade de negar ao seu arbítrio.

Recurso de "habeas-corpus" provido".

Ainda do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, como relator participando da votação os eminentes Ministros THOMPSON FLORES, na presidência; LEITÃO DE ABREU, CORDEIRO GUERRA e MOREIRA ALVES (RTJ, vol. 77, página 145) fica assentado que o benefício que a lei encerra é um direito processual subjetivo do acusado, sobre o qual, obrigatoriamente, deve manifestar-se fundamentadamente, o juiz a quem invoque semelhante tutela jurisdicional.

Vê-se, pelos ilustrados nomes, que aparecem no acórdão, último citado, que se encaminha o entendimento jurisprudencial para posição contrária ao reconhecimento da *Faculdade Judicial*, que estaria no texto de Lei 5.941/73, ante a aparente explicitude verbal. Os nomes dos ilustres Ministros CORDEIRO GUERRA, THOMPSON FLORES e LEITÃO DE ABREU, passam a enriquecer a corrente, finalmente, vitoriosa.

O T.J.S.P., em acórdão de 11/2/75, rel. ADRIANO MARREY JÚNIOR, optou pela discricionariedade, ao acolher parecer do eminente Procurador de Justiça, Dr. ALCIDES SALES AMARAL, assim ementado: "A prisão do réu ou sua soltura, em decorrência de sentença de pronúncia, quando o sentenciado é primário e de bons antecedentes, *é mera faculdade* e não obrigação do juiz". Louva-se, o autor, em seu bem elaborado parecer, em decisões do Supremo Tribunal Federal de que foram relatores os Ministros BILAC PINTO e LEITÃO DE ABREU (10).

Trata-se de entendimento já superado, em virtude de julgados outros, que o sucederam (10).

6. INTERPRETAÇÃO: MÉTODO LÓGICO-SISTEMÁTICO

Consiste o *Processo Sistemático* em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito de outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma. Escreve MAXIMILIANO em sua festejada obra (11). O elemento sistemático situa a norma interpretada no ordenamento jurídico, a fim de revelar a função que exerce no Direito, ensina CERNICCHIARO (12).

Aplicando-se o *Processo Sistemático* tem, nítida, a inteligência do dispositivo enfocado. Não obstante a expressão verbal, conducente à conclusão de *faculdade*, esta fica na aparência, comparada a mais de uma dezena de preceitos legais, encontradiços no Código de Processo Penal e no Código Penal. Em todas essas disposições legais o comando emergente não vem formulado imperativamente, mas de

forma facultativa, tomados os textos, é claro, em sua expressão linguística, literal, gramatical.

Todavia, dada a referência obrigatória a outras normas, conexão necessária, a inteligência a que se chega é que a faculdade, realizados certos requisitos, postos na lei, se transmuda em imperatividade.

Vejamos, então, nosso direito positivo, Processual Penal e Penal, dos quais extrairemos o espírito da norma em estudo, a inteligência da Lei 5.941/73.

Os artigos 696, 707, § 1°; 710, 727, do Código de Processo Penal e 57, 59, § 1°; 60, 64 § único, do Código Penal, regulam a concessão ou negativa, bem como a revogação, da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. Todos esses dispositivos enunciam-se com a expressão verbal *poderá*. Redação que se harmoniza com a que vem pela Lei 5.941/73.

Todavia, em que pese a clareza vocabular tomada na acepção ordinária, embora, *a faculdade,* que decorreria da letra da lei, é, terminantemente, negada pelo conjunto do sistema legal, a partir da colocação do legislador, instituindo formas recursais quanto às decisões sobre a matéria acima, que é o *Recurso em Sentido Estrito,* art. 581, incisos XI e XII, C.P.P.. Cabe o recurso das decisões, despachos ou sentenças "que conceder, negar, ou revogar a suspensão condicional da pena; que conceder, negar ou revogar livramento condicional". O juiz *pode* conceder, negar ou revogar, tanto a suspensão condicional da pena, como o livramento condicional. Entretanto, tal ou qual ato jurisdicional é impugnável. Onde, então, a *faculdade,* que emanaria da construção fraseológica?

A atividade recursal reconhecida ao titular do direito que alegue sucumbência, tem como corolário necessário a sujeição do julgador ao princípio básico, inerente à jurisdição, que é a fundamentação. Satisfeitos os requisitos da lei, impõe-se o provimento jurisdicional, nos termos da pretensão ajuizada.

A citação anterior, exaustiva, não esgota, contudo, o tema, rico em material legislativo. O art. 93, do Código de Processo Penal, regulando *questão prejudicial* diz que o juiz criminal *poderá,* sob certas condições, suspender o curso do processo após inquirição de testemunhas, etc. Entretanto, o art. 581, inc. XVI, C.P.P., tipifica recurso para as decisões ordenatórias da suspensão do processo, em virtude da questão prejudicial.

Mais uma vez nota-se a inocuidade da faculdade pretendida na lei.

Igualmente, o Código Penal, artigos 76, parágrafo único; 83, também no parágrafo único, exprimir-se-ia através de preceito *facultativo,* em virtude da inserção do verbo *"poder",* no conteúdo das duas normas penais. Pura ilusão de ótica, quem sabe! O art. 581,

incisos XIX e XXI, C.P.P. oferece a base normativa à impugnação contra provável arbítrio judicial.

Se outros argumentos não bastassem, o *Processo Sistemático*, alcançando a legislação na sua totalidade, vem de colocar ponto final à questão, que se apresentaria sob a cor da controvérsia.

Para encerrar o tópico, fazemo-lo com uma discussão jurisprudencial, na citação do nº 18, 1976 *"Jurispenal do STF"*, onde se publica o mais recente julgado publicado, do qual fora relator o sempre citado Min. ALCKMIN: "Ementa: "Habeas-Corpus". O benefício de apelar em liberdade, reconhecido a favor do réu primário e de bons antecedentes pelo art. 594 do Código de Processo Penal, (redação da Lei 5.941/73) também se aplica às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Recurso de *habeas-corpus* provido" (pág. 92).

De observar esta passagem do relatório, transcrevendo parecer da lavra do Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa: É de notar, em princípio, que não se nega ao paciente, no caso, ser primário e de bons antecedentes.

Essa condição do mesmo embora não reconhecida expressamente na sentença de fls. 15/16, foi implicitamente afirmada pela sentença de pronúncia (folhas 12/14) que o manteve em liberdade provisória — nada havendo nos autos em contrário".

7. RECURSO DA DECISÃO QUE CONCEDE A LIBERDADE PREVISTA NA LEI 5.941/73

É recorrível a decisão, concedendo a liberdade ao acusado? Mesmo que o ato processual próprio venha fundamentado na primariedade e bons antecedentes do recorrido?

A resposta, que é afirmativa, principalmente por ser afirmativa, responde ao interesse de exegese, da Lei 5.941/73, trazendo subsídio à inteligência do texto, posto que seria mera faculdade do juiz a liberdade ou não do acusado, em razão da presença do vocábulo "poderá".

Acórdão da mais profunda significação, mesmo superada a hesitação jurisprudencial, como ficara demonstrado, do qual participam os Desembargadores HOEPMER DUTRA e MENDES FRANÇA (Justitia — 92, pág. 419-421) elucida bem a compulsoriedade da medida "liberal", atendidas certas condições. A significação hermenêutica da posição da Corte paulista deve ser devidamente anotada, pois fica bastante claro a exigência, mesmo que própria ao ato jurisdicional, de que o juiz discuta, com base em fatos, trazidos para os autos, a possibilidade dos dois pressupostos, que a lei diz necessários ao juizo cautelar: Primariedade e bons antecedentes do acusado. É recursável tal decisão e a recursabilidade infere-se, justamente, da tese oposta, afirmativa do *conteúdo facultativo* do ato jurisdicional,

que compõe o litígio cautelar, resultante da pretensão de liberdade do cidadão ou da *potestas coercendi* estatal, no curso da instância recursal.

"O art. 408, do Código de Processo Penal traça conteúdo de sentença de pronúncia, inclusive a expedição das ordens necessárias à captura do réu, salvo se for primário e de bons antecedentes, hipótese em que poderá ser revogada sua prisão ou poderia ser ele mantido solto, *se for este o caso*". Eis a ementa do acórdão. Mas, prosseguindo, lê-se ainda, no julgado: "Não tem o réu bons antecedentes. Ao contrário pesam contra ele outros feitos criminais em andamento, como prova a certidão (fls. 45 e v°). Percebe-se, sem grande esforço, que o labor interpretativo, qualquer que seja a hipótese, não dá margem ao alvedrio judicial pretendido na descrição legal.

A concessão ou não da medida demanda exame aprofundado do pedido, eis que a jurisdição cautelar encerra, igualmente, decisão de mérito, *o mérito cautelar* (13).

8. APLICAÇÃO DA LEI 5.941/73 AS PRISÕES EM FLAGRANTE

No tocante ao reconhecimento da liberdade ao acusado, quando preso na flagrância delitiva, a tendência dos Tribunais encaminha-se na direção de sua impraticabilidade, em face da lei. JORGE LUIZ DE ALMEIDA em trabalho bem estudado contrapõe-se à semelhante colocação, vendo na mesma o fruto de uma interpretação rigorosamente literal, alheia ao sentido que deveria reconhecer implícito na lei: "Nem sempre da urdidura gramatical do preceito resulta sua inteligência. Importa mais o sentido vital da lei, que o formal" (14). E acrescenta, ao final do trabalho: "No termo "revogar" cabe a medida de relaxamento".

WEBER MARTINS BATISTA põe argumento absolutamente contrário, do ponto de vista legal e sob o ângulo da justiça da medida: "Em favor deste ponto de vista há, ainda, uma verdadeira interpretação autêntica da própria Lei 5.941/73, que, depois de estabelecer no § 2°, do art. 408 que o juiz poderá deixar de decretar-lhe a prisão ou *revogá-la*, cuidando, portanto, dos réus soltos e dos detidos limitou-se, no art. 594, a tratar dos apelantes em liberdade, falando apenas de "recolhimento" a prisão" (15). Nega, finalmente, qualquer injustiça na interpretação, evitada que fora em face do art. 310, CPP. c/c e art. 19, CPB, etc.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade ao acusado, na espectativa de julgamento, em grau de recurso, que é objeto da Lei 5.941/73, restou bem esclarecida sua procedência: não se refere a favor ao sujeito passivo da relação processual. Eleva-se à categoria de direito processual subjetivo seu, co-

mo bem assinala o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, em acórdão retro mencionado, do que decorre, é ainda da mesma fonte, a obrigatoriedade do pronunciamento do benefício: Primariedade e bons antecedentes, estes, sujeitos à valoração, não por fatos relativos a execução do crime ou periculosidade do agente, mas por acontecimento anterior ao mesmo.

A pesquisa do elemento *Sistemático*, informador de uma interpretação teleológica mostra bem a legislação discutida na sua real significação, pois como assevera DAMASIOE. DE JESUS: "Imprescindível é o elemento sistemático. Através dele se coteja o preceito interpretado com os das outras normas (16) ou como fala NILO BATISTA: "O elemento sistemático se obtem da constatação de que o ordenamento jurídico para usar a expressão de ANTOLISEI, não é constituído por uma miriade de normas independentes, desligadas entre si, mas de um complexo que, em linhas essenciais, é unitário e orgânico" (17).

Mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES (18) refutando a CUSTÓDIO DA SILVEIRA (19), quanto à interpretação do art. 121, § 1º, do Código Penal, posto que este traduziria, com a expressão *pode*, inserida no tipo penal privilegiado, obrigatoriedade de redução penal o que ocorreria, ainda, no caso da imputabilidade diminuída (art. 22, parágrafo, C.P.B.) incorre em equívoco oposto: "O juiz acata e respeita o veredicto soberano dos jurados; mas não diminui a pena, porque a lei o autoriza a proceder dessa forma, *mesmo que exista o tipo privilegiado*".

Seria a supremacia do arbítrio judicial, fundado em aparente ilimitada *faculdade*. O Tribunal de Justiça de Goiás, em reiterados julgamentos, tem, assentado, que a redução penal é devida ou não, dependendo da real verificação do privilégio, isto é, se tal situação "emergir do conjunto probatório, reunido nos autos".

Visto o tema, enfocado segundo o conjunto do sistema, dúvida não paira, para rejeitar-se o arbítrio judicial, que estaria presente, se aceita a interpretação gramatical da lei, excludente de uma visão global do ordenamento jurídico.

10. CONCLUSÃO

O estado, como diria ALFREDO ROCCO (20) tem a obrigação da prestação jurisdicional. E ele o faz, não apenas através da sentença que seja o "instante jurisdicional básico da fase de cognição do processo penal condenatório" (21), mas daquela outra atividade jurisdicional, solucionadora de *lide cautelar*, no interesse da pretensão do acusado ou do Estado.

A decisão motivada, art. 381, inc. III, mais as disposições retro enumeradas, lembradas por GALENO LACERDA; o conjunto de nor-

mas tantas vezes referido, indicativo do mesmo sentido da Lei 5.941/73, pinta o quadro, que deve ficar assim posto em síntese:

O benefício da Lei 5.941/73 não é uma faculdade judicial. Ao contrário, erige-se em direito do acusado, desde que presentes os pressupostos da primariedade e dos bons antecedentes.

A decisão que negar ao acusado o benefício da Lei 5.941/73 é impugnável, quer pela via sumaríssima do "habeas-corpus", como pelos recursos previstos nos artigos 581, inc. IV e 593, assim como a que o conceder será recorrível, segundo as duas últimas previsões, acima assinaladas.

TRABALHOS MENCIONADOS

1 — HELENO C. FRAGOSO — A motivação da sentença na aplicação da pena — RF-227.

2 — G. BETTIEL — Instituições de Direito e Processo Penal.

3 — G. BETTIEL — Idem.

4 — GALENO LACERDA — Despacho Saneador.

5 — H. C. FRAGOSO — Ob. cit.

6 — CARLOS MAXIMILIANO — Hermenêutica e Aplicação do Direito.

7 — WEBER MARTINS BATISTA — A nova Redação do art. 594, do Código de Processo Penal — Justitia — 83.

8 — FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO — Processo Penal — vol. 4.

9 — NILO BATISTA — Decisões Criminais Comentadas: Bons Antecedentes. Apelação em Liberdade.

10 — ALCIDES AMARAL SALES — Pronúncia. Prisão do Réu ou sua Revogação. — Justitia — 91.

11 — C. MAXIMILIANO — Ob. Cit.

12 — L. VICENTE CERNICCHIARO — Estrutura do Direito Penal.

13 — GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA — Processo Cautelar: Atividade Recursal.

14 — JORGE LUIZ DE ALMEIDA — Da aplicação da Lei 5.941/73 às Prisões em Flagrante — Justitia — 89.

15 — WEBER MARTINS BATISTA — Ob. Cit.

16 — DAMÁSIO E. DE JESUS — Direito Penal.

17 — NILO BATISTA — RDP-17/18 — Observações Sobre a Norma Penal e sua Interpretação.

18 — JOSÉ FREDERICO MARQUES — Tratado de Direito Penal — 4º volume.

19 — E. CUSTÓDIO DA SILVEIRA — Direito Penal. Crime contra a pessoa.

20 — ALFREDO ROCCO — La Sentenza Civile, 1909.

21 — JOSÉ FREDERICO MARQUES — Elementos de Direito Processual Penal II.

22 — REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA.

23 — JURISPENAL — S.T.F.

24 — REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

NOTITIA CRIMINIS: VINCULAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Inteligência do art. 408, § 5º, do Código de Processo Penal

Geraldo Batista de Siqueira
Procurador da Justiça e Prof. de Direito Penal e Processo Penal, da UCG
Antônio de Moura Neves
Procurador da Justiça
Wilson Brandão Curado
Procurador da Justiça

SUMÁRIO

1. Considerações Preliminares
2. Pronúncia. Impronúncia
3. Elementos de Culpabilidade
   3.1. Teoria Finalista da Ação
4. Queixa e Denúncia
5. Vínculo do Ministério à Notitia Crimini Judicial
   5.1. Interpretação Teleológico-Sistemática
6. Conclusão

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Prender-se-ia, o Ministério Público, titular que é do jus acusationis a qualquer forma de informatio delicti? A atividade acusatória pode preceder de qualquer elemento de informação, vinda do Juiz, da Polícia, do ofendido, de qualquer do povo ou de requisição ministerial.

O Código de Processo Penal, por seus artigos 24, 27 e 40 dá o suporte normativo para o exercício desses atos pré-processuais necessários à investidura do Ministério Público na *Atividade Persentória*.

Vigente, embora, na legislação pátria, em termos de ação penal pública, o *princípio de obrigatoriedade*, o mesmo não se concretiza de forma absoluta, retirando-se do titular da acusação a oportunidade de um juízo de conveniência de ação penal. O art. 28, do Estatuto Processual Penal, abriga semelhante abrangência, conforme assinalara José Frederico Marques, em trabalho publicado (1), no qual vê-se referências, na comarca de Santos, durante a judicatura do saudoso Euclides Custódio da Silveira, à aplicação, senão do princípio de oportunidade pelo menos da obrigatoriedade, mas mitizado, que encontraria embasamento na expressão "razões invocadas", posta no mencionado art. 28, CPP.

O Projeto de LIei nº 633, de 1975, art. 259, mitiga, ainda mais, a aplicação da regra da obrigatoriedade no exercício da Ação Penal Pública, quando estabelece o *fundamento razoável* para o ato acusatório inicial (2).

Como se percebe, a notitia criminis, parta do ofendido ou de seu representante, de qualquer do povo; venha de requisição ou representação da vítima ou de alguém que possa substituí-la; de Juízes ou Tribunais na forma do art. 40, CPP não se erige em *opinio delicti* para o Ministério Público.

Que dizer, então, do alcance do preceito processual, descrito no § 5º, do art. 408, resultante da Lei nº 5.941, de 22/11/73?

A notitia criminis judicial, decorrente do ato jurisdicional de pronúncia ou impronúncia, teria força vinculatória, com vistas à ação do Ministério Público, no exercício da instauração do processo penal?

É a questão que se coloca.

2. PRONÚNCIA. IMPRONÚNCIA

A pronúncia, ato jurisdicional que põe termo ao *judicium accusationis*, é sentença cujo conteúdo não ultrapassa os limites do processual. O *meritum causas*, posto no projeto acusatório, é submetido a momento jurisdicional ulterior, que se dá no plenário do júri.

A sentença de pronúncia, dí-lo José Frederico Marques, não é decisão de mérito, e sim, de caráter estritamente processual, marca o fim do judicium acusationis e o preâmbulo ou o início do judium causae (3).

O insígne Pontes de Miranda, entretanto, tem, da matéria, entendimento diferente: "a pronúncia é julgamento do mérito, decide sobre o que se provou, ainda que seja superficial a cognição. Incide regra de direito material (4).

Pietro Nuvolone, bastante traduzido pelo Ministério Público de São Paulo e Paraná, em "Contributo alla Teoria della Sentenza Istruttoria Penale, 1943" diz: "e il caso tipico della sentenza in senso formale e non in senso sostanziale" (5). Coloca o problema, seguindo nosso esquema processual, embora escrevendo com base em ordenação alienígena.

Tanto quanto a pronúncia, a impronúncia, encerrando o juízo de formação da culpa, com força terminativa, é decisão declaratória, de conteúdo meramente formal, na qual se nega procedência ao seguimento da pretensão persentória.

É exemplo de absolvição de instância, no processo penal, como assinala Frederico Marques (6).

Para Hermínio Alberto Marques Porto (7) o que não está correto, em matéria de pronúncia, é o tratamento terminológico, posto que vê impropriedade na adjetivação de sentença", orientação não seguida no anteprojeto.

Ocorre relação vinculatória entre a pronúncia e o ato ministerial, que é o libelo. A vinculação, porém, só se estabelecera após a preclusão prejudicato em relação à pronúncia, operando-se mudança na relação ação-jurisdição (8), sem afetar o sistema acusatório.

Nos termos, entretanto, em que é vazada a redação do § 5º, anteriormente, § 4º, inverter-se-ia a relação ação-jurisdição, posto que aquela decorreria, obrigatoriamente, de atos do juiz.

3. ELEMENTOS DE CULPABILIDADE

O § 5º, do art. 408, do Código de Processo Penal, não pesa somente quanto ao Processo: "ordenará que os autos voltem ao Ministério Público, para andamento da peça inicial do processo, etc". Na referência a conceitos do direito material, como *culpabilidade*, por exemplo, a impropriedade do texto realça-se, gritantemente, perceptível a qualquer um.

Ora, a culpabilidade, que na concepção tridimensional do delito, que a inclui como um dos seus elementos, aspectos ou prismas, ou segundo a posição doutrinária, situando-a como pressuposto da pena, jamais se erigiu em requisito da instauração do procedimento persentório.

Para o mestre Damásio E. de Jesus, em novo trabalho (9), nosso Código Penal adotou o ponto de vista de Maggiore, já aceito por Frederico Marques (10), segundo o qual o crime se perfaz com o fato típico e a antijuridicidade, ficando a culpabilidade como suporte para incidência da sanção penal. E argumenta com o art. 17, 22, 24, § 1º em cotejo com o art. 19, do Código Penal.

A nova posição de Damásio, oposta a que vem no 2º vol. da 1ª Edição, da obra mencionada, ele a deve à instigação de René Ariel Dotti (11) realizada através da obra "O Incesto", pág. 173, publicada para o Curso de Direito Penal promovido pela PUC de São Paulo.

Componente do crime, pressuposto ou condição da resposta penal, não é culpabilidade dado informador da deflagração da persecutio criminis. Esta tem seu apoio no fato típico, daí o valor, incidente sobre aqueles elementos não factuais, inseridos na figura típica.

O juízo da culpabilidade não o temos insito no despacho liminar. O mesmo é transferido para um terceiro momento jurisdicional, que sucede à valoração positiva ou negativa da conduta do agente em face da norma penal: da antijuridicidade da conduta do agente é que se passa à análise da culpabilidade.

Conduta ou ação é elemento primário do crime porque sobre ele assenta-se o juízo da tipicidade.

Inaceitável é a sinonímia encontrada. Culpabilidade, só na linguagem dos leigos confundir-se-ia com fato típico. É mister estarmos atentos para a lição da exegese ,registrada por Heleno Fragoso (12): as leis, via de regra, empregam-se as palavras, que lhe dão expressão, no sentido técnico e não vulgar.

3.1. *Teoria Finalista da Ação*

Ou será que nesta confusão toda, vinda de 1941, quiseram significar, com o vocábulo culpabilidade, seu elemento psicológico normativo (Teoria Psicológico-Normativa), desdobrado em *Dolo* e *Culpa*, que interfeririam na conduta delitiva?

Dolo e culpa, integrantes do fato típico, seria a aceitação da substituição do causalismo pelo finalismo. Dolo e culpa, no âmbito da ação, não completariam o fato típico, carecedor que é este de elementos outros de natureza objetiva, por exemplo.

Mesmo assim, acreditando-se no acolhimento do finalismo, aqui no Brasil, em fins da década de 30 e início da de 40, a expressão *culpabilidade*, como fora colocada, é repelida pela terminologia técnica, que deve predominar na linguagem dos códigos, mormente em país como o nosso, de larga e incontestável tradição jurídica.

4. QUEIXA E DENÚNCIA

Queixa em primeira colocação, esquecidos de que no processo penal a denúncia é a regra de instrumentalização da pretensão primitiva. É um pequeno descuido.

Todavia, o mandamento contido no artigo em estudo, referentemente *à queixa,* oferta oportunidade para reflexão, posto que olvidadas foram as regras básicas, concernentes aquela peça. O Estado, titular único do "Jus Puniendi", admitindo o fenômeno jurídico da substituição processual, concretizável na transferência do direito de acusar ao ofendido ou seu representante legal, traça-lhe rigorosos limites dentro dos quais deve atuar. As limitações, ou melhor, o controle da atividade acusatória, particular está, por exemplo, nos institutos da renúncia, decadência, etc. De notar que sendo o exemplo estudado de ação pública subsidiária, limitado é o alcance daquelas causas extintivas de punibilidade.

Se ao tempo da pronúncia ou impronúncia, pelo juiz, em processo cuja iniciativa se dará por ação penal privada, através de queixa (art. 29, CPP) não decorrera o prazo decadencial, os *autos* deverão ir com vistas ao querelante, para evitar-se que, em desfavor deste incida no benefício dos agentes, já querelados, a Renúncia posto que tal instituto, definindo a característica de disponibilidade da ação penal privada, não é entregue à livre discriminariedade do querelante. Ou se inclui na acusação todos os autores do fato típico ou se tem por renunciada a pretensão punitiva em relação aos agentes acusados.

Em razão disto (art. 48, CPP) é que o Ministério Público, nos processos iniciados mediante queixa, deve zelar pela indivizibilidade da mesma.

É possível a renúncia no caso de ação penal privada subsidiária da pública, afirma Damásio E. de Jesus (13), com a diferença de que a atuação do Ministério Público, enquanto não extinta a punibilidade pela prescrição, pode manifestar-se.

Tourinho Filho expõe: "segue-se que naqueles casos que o ofendido pode oferecer queixa substitutiva da denúncia (art. 29, do CPP), é possível a renúncia. É de convir, entretanto, que a renúncia ao direito de queixa na hipótese do art. 29, do Código de Processo Penal, é inoperante, de vez que, a todo tempo, enquanto não estiver extinta a punibilidade, poderá o órgão do Ministério Público oferecer a denúncia. *Terá consequência apenas para o renunciante*" (14).

Na hipótese da não decadência, a posição do Ministério Público não é prevista no art. 29, na parte que diz caber-lhe a denúncia substitutiva?

Mas no caso em foco não teria ocorrido a renúncia, ainda que tácita? Não, responde Tourinho Filho em "Processo Penal, pág. 436, invocando lição do sempre saudoso Mauro de Moura Albuquerque, exposta na Revista Justitia, vol. XII/190 (15).

5. VÍNCULO DO MINISTÉRIO PÚBLICO À NOTITIA CRIMINIS JUDICIAL I

É possível em face do contraditório, do princípio funcional da independência do Ministério Público, a ampliação subjetiva da pronúncia por injunção de notitia criminis judicial (art. 408, § 5°, CPP)?

À evidência, não. Tanto que neste trabalho sempre se designou o ato judicial por notitia criminis, cuja força vinculatória, para o Ministério Público, não se apresenta distinção em virtude do seu agente ativo. Notitia criminis é uma só. Pode assumir relevância causal na formação da opinio delicti, necessária à instauração da instância.

A jurisprudência, talvez não se chegue à jurisprudência, julgados, encontrados no Repertório de H. Dantas (n°s 820 e 849) e de Darcy Miranda, dão pela imperatividade daquele preceito, que resultaria na submissão do Ministério Público ao juiz. Procedimento ex-officio por via oblíqua. O órgão da jurisdição impondo-se na determinação do cumprimento do exercício da ação penal, e outro órgão que, em virtude de mandamento constitucional, exerce função que àquele é vedado por força da separação dos poderes e da proibição da delegação dos mesmos (art. 6° da Constituição Federal).

Só através da interpretação isolada do art. 408, § 5°, CPP, pela qual seria examinado o texto na sua gramaticalidade pura, poder-se-ia chegar à vinculação da acusação à notícia do crime, formulada pelo magistrado.

5|1. *Interpretação Teleológico-Sistemática*

Interpretar uma norma significa, partindo-se de seus integrantes literais, alcançar-lhe o sentido, a vontade, através do concurso do elemento sistemático.

A exegese, decorrente da análise de norma desligada do sistema, não raro leva a disparates o significado de uma disposição legal, que muitas vezes, é encontrado no teor de norma outra. A inteligência do art. 124, do Código Penal, segundo a qual o aborto deve coincidir com o momento anterior ao parto, é obtida por intermédio do art. 123, CPP, que tipifica o infanticídio. Assim como o art. 123, no que concerne à execução do crime ali prevista, mas em concurso de agentes, a exegese que chega à unidade de crime (infanticídio), para a pluralidade de agentes, oferta-a o art. 126, CPP, por exemplo.

Postas as considerações necessárias é de se lembrar que a impossibilidade da interpretação literal exclusiva decorre, não apenas do escopo do ordenamento penal, mas das diversas partes que o constitui, cuja exegese global leva, inevitavelmente, a resultado completamente oposto. Os artigos 24, 27, 20 e 28 do Código de Processo Penal são a bússola do sistema.

No art. 24, CPP, tem-se dois requisitos para o ofício ministerial: representação e requisição. Nenhum, porém, com força vinculatória. O art. 40 pelo qual aparece como agente da notitia criminis até Tribunal, nenhuma subordinação do Ministério Público.

Através do elemento sistemático, variado, pelas transcrições feitas, capta-se a *voluntas-legis*, cristalizada no art. 28, do mesmo diploma legal.

Mais subsídios tem-se na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 7º da Lei 1.521 (Economia Popular) no HC nº 39.779, rel. Victor Nunes Leal (16) em que se firmou o primado da posição do Ministério Público a despeito da taxatividade daquela Lei no sentido do exercício do recurso ex-officio. Ao pronunciamento da cúpula do MP deve o judiciário atender. Tem, ele sim, força vinculatória.

É a prevalência do "nemo judex sine actore", princípio informador do nosso sistema processual, porisso que o monopólio do exercício da ação penal entregue ao Ministério Público, mesmo sem a presença de elementos sistemáticos, consultaria o conteúdo do ordenamento processual penal.

Enquanto não for arguido e declarado inconstitucional o § 5º do art. 408, CPP, a discordância entre Juiz e Promotor de Justiça, em razão dessa norma deve resolver-se nos termos do art. 28, CPP, aliás posição de vários magistrados, entre os quais o Dr. Pedro Soares Corrêa, hoje com assento na 2ª Câmara Criminal, para quem dissídio entre Acusador e Juiz encontra solução, segundo o previsto no art. 28, CPP.

Além de respeitável princípio processual de que não há juízo sem autor, esquecido não deve ficar outro princípio, o da independência funcional do Ministério Público, aliado à peculiaridade do poder desta Instituição, que *"é espontâneo, autônomo e originário"*.

6. CONCLUSÃO

O dispositivo estudado não faz jus a sua inserção num Código de Processo Penal. A reforma de 1973 alterou-lhe apenas a enumeração.

A queixa, como está colocada, questiona o tratamento dispensado à ação penal privada, ainda que nos casos de ação pública. A promoção do Ministério Público ao plano primeiro da ação conflita-se com a última parte do art. 29, em combinação com o art. 49 em zação do que *propomos a aplicação da regra do art. 28, nos casos de divergência, entre Promotor de Justiça e Juiz de Direito, na hipótese de pretensa aplicação do § 5º, do art. 408, do Código de Processo Penal.*

O parágrafo único, do art. 384, sem dúvida reveste-se dos aspectos da notitia criminis judicial. É pacífico, entretanto, a liberdade ministerial para o aditamento. Divergentes os órgãos jurisdicional e acusatório, incidente é a regra do art. 28, CPP.

BIBLIOGRAFIA

01. JOSÉ FREDERICO MARQUES — Estudos de Processo Penal sobre a ação penal.
02. PROJETO 633 DE 1975.
03. JOSÉ FREDERICO MARQUES — Instituições do Júri. Da Pronúncia.
04. PONTES DE MIRANDA — Comentários à Constituição de 1946, Tomo III.
05. PIETRO NUVOLONE — Contributo alla Teoria della Sentenza Jusfratoria Penale.
06. JOSÉ FREDERICO MARQUES — Elementos de Direito Processual Penal, III.
07. HERMÍNIO ALBERTO MARQUES NETO — O Júri.
08. GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA — Infanticídio: Possibilidade de Condenação em Homicídio Simples e Necessidade de Quesitos Fundamentais (Relatório).
09. DAMÁSIO E. DE JESUS — Direito Penal, 2ª Edição, Saraiva.
10. JOSÉ FREDERICO MARQUES — Tratado de Direito Penal, 2º Vol.
11. RENÉ ARIEL DOTTI — Incesto.
12. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — Lições de Direito Penal, Parte Geral.
13. DAMÁSIO E. DE JESUS — Direito Penal, II, 1ª Edição.
14. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO — Processo Penal — 1, 3ª Edição, Jalovi.
15. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO — Prática Penal, 5ª Edição, Jalovi.
16. TOURINHO FILHO — Prática Penal — 5ª Edição.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA

Vivaldo Jorge de Araújo
Procurador da Justiça

Geraldo Batista de Siqueira
Procurador da Justiça e Professor de Direito Penal e Processo Penal da UCG

SUMÁRIO

1. Antecedentes
2. Ação Penal Subsidiária
3. Trancamento da Ação Penal Subsidiária
4. Ação Penal Subsidiária em Inquérito Arquivado
   4.1 — Arquivamento. Coisa Julgada
5. Extinção de Ação Penal Subsidiária
6. Conclusão

1. ANTECEDENTES

Para Dirceu de Mello, citando Jorge Alberto Romeiro, a ação penal subsidiária, só apareceria em Códigos de Processo alienígenas, a partir da Áustria (1873), Noruega (1887) e Hungria (1896). O procedimento privado subsidiário surge como modo de controlar o desmazelo do Ministério Público (1).

Escreve Tornaghi: "O dispositivo do art. 29 foi mutuado do § 48 da Osterreichische Straprozessordnung. Deste se vê, com toda clareza, que a ação privada subsidiária tem razão de existir, em primeiro lugar, no caso em que o Ministério Público se recusa a mover a ação: "Wenn der Staatsanwalt die Anzeige des Verletzten zurückweist und die gerichtliche Verfolgung sei es sofort, sei nach Vor-

nahme von Vorerhebungen (§ 90) ablehnt...", ou seja: "Quando o Ministério Público repele a representação do ofendido e recusa o procedimento judicial, desde logo ou após o inquérito...".

E o § 49 da mesma ordenação mostra que o Ministério Público é livre de tomar conhecimento (steht es dem Staatsanwalte frei, von dem Gange des Strafverfahrens Kentniss zu nehmen) do andamento do processo, e está autorizado (berechtigt) a retomar o procedimento judiciário (die gerichtliche verfolgung wieder zu übernehmen), em qualquer tempo (jederzeit) (2).

Entre nós, pode-se indicar no procedimento ex-officio, previsto no art. 407, § 3º, do Código Penal de 1890, exemplo de ação penal subsidiária: "Haverá lugar ação penal: mediante procedimento ex-officio nos crimes inafiançáveis, quando não for apresentada a denúncia nos prazos da lei".

O procedimento ex-officio, supletivamente aplicado em relação à denúncia não teve acolhida no Projeto Sá Pereira. O Projeto Alcântara Machado o configurava inicialmente, mas, ao final, vem de prevalecer o que temos, hoje, no Código de 1940: ação penal subsidiária, cuja titularidade, porém, era transferida do magistrado para o ofendido ou seu representante legal.

Plínio de Oliveira Corrêa menciona os Códigos de Processo Penal, que se mantiveram fiéis ao Código Penal de 1890. Só o Código do Rio Grande do Sul, de 1898, não acolhera o sistema (3).

Na doutrina peninsular destacam-se Eugênio Florian: "la parte lesionada puede ejercitar la accion penal subsidiaria cuando se trata de delicto perseguisles de oficio se el fiscal no actua ou se aparta de la accion" (4) conceito, segundo a legislação austríaca, assim como Leone de quem se conhece a tripartição da ação penal privada (5).

Prestigiosos, entretanto, são os nomes nas letras jurídico-nacionais, que emprestam apoio a esse tipo de ação: Hélio Tornaghi, Alberto Romeiro, Basileu Garcia, Noé de Azevedo e tantos mais.

2. AÇÃO PENAL SUBSIDIARIA

A ação penal privada admitida pelos artigos 102, § 3º, do Código Penal, e 29 do estatuto penal processual, em vias de extinção, com o advento dos novos Códigos, é meramente supletiva *e não pode ser processada com a oposição do legítimo e originário autor da ação pública*.

Não se pode confundir a ação penal privada principal com a excepcionalmente admitida pelos artigos supra mencionados: na primeira, o Ministério Público funciona como fiscal da lei, sendo o ofendido ou seu representante legal o titular absoluto da ação; enquanto

que, na segunda, o Ministério Público não perde a titularidade da ação, devendo exercê-la paralelamente com o particular como um verdadeiro litisconsorte necessário já que o Estado, em hipótese alguma, pode abrir mão da titularidade de acionar o réu nos crimes em que prevalece a regra geral da ação pública.

3. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA

A própria redação dos dispositivos legais abona o ponto de vista acima exposto. No artigo 45 do Código de Processo Penal, vê-se claramente a diminuta faculdade expressa no verbo *poder* — poderá o Ministério Público aditar a queixa. No citado art. 29, está a obrigatoriedade traduzida pelo verbo *caber* — cabe ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva. Um dos significados de caber, do latim *capere*, é competir na acepção de cumprir, que é o exato sentido legal, já que não atribuiu significação técnica diversa.

Ao representante do Ministério Público se impõe, ao receber vista da queixa da ação privada subsidiária, adotar uma das três opções: *aditar, repudiar, oferecer denúncia substitutiva.*

Se aditar ou declarar que nada tem a aditar, ou ainda oferecer denúncia substitutiva, o processo terá prosseguimento normal, sendo que, na última hipótese, o libelo do Ministério Público terá prevalência sobre a vestibular acusatória do ofendido ou de seu representante legal.

No caso de o Ministério Público repudiar a queixa, *manifestando-se peremptoriamente contra seus fundamentos, a ação não poderá ter sequência,* salvo se se aplicar, por extensão, o preceito do art. 28, do C.P.P. e outro Promotor de Justiça for designado a oficiar no feito.

Na hipótese de não haver designação de outro Promotor de Justiça, opinando o Procurador-Geral pela manutenção do repúdio à queixa, entende-se estar a ação irremediavelmente trancada.

Da mesma forma que, segundo a doutrina e jurisprudência predominantes, não pode haver ação privada subsidiária quando o inquérito foi arquivado a pedido do Promotor de Justiça, exceto se novas provas forem coligidas, não pode ocorrer, ou melhor, não pode ter prosseguimento a referida ação com o franco antagonismo do Ministério Público, sob pena de existir um conflito contrastante — uma intolerável *contradictio ui adjectum* — dividindo a acusação e liquidando a harmonia do processo, isto porque, sendo o Promotor de Justiça também parte na ação, não seria lógico participar da movimentação do feito, em completa desarmonia com as suas condições.

4. AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA EM INQUÉRITO ARQUIVADO

Quanto à impossibilidade de se intentar a referida ação nos casos de arquivamento, a não ser mediante novas provas, é assunto já pacífico na jurisprudência, muito embora a doutrina registre o inconformismo de alguns mestres ilustres, entre os quais o insígne Hélio Tornaghi que julga ser faculdade e não dever a atuação do Promotor de Justiça na ação penal privada supletiva. No seu Anteprojeto, art. 40, inc. I, incluia a ação penal subsidiária também nas hipóteses de arquivamento. O insígne mestre vai longe demais. Em parecer, publicado na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 14, pág. 145, expressa seu ponto de vista na seguinte ementa: "Ação privada subsidiária, sem cabimento quando o M.P. não oferece denúncia no prazo legal, requerendo diligências não imprescindíveis ao oferecimento da denúncia" (6).

A interpretação do art. 29, que chega a tamanho elastério em favor da pretensão do ofendido ou de seu representante legal, Tornaghi a encontraria através do elemento sistemático: os artigos 584, § 1º e 598, CPP (7).

Vejamos o sempre citado José Frederico Marques que também adotara, até 1955, a posição de Tornaghi, com o fundamento para seu atual ponto de vista, contrário a ação quando arquivado o inquérito: "Suponhamos que o ofendido dê queixa criminal; depois arquivando o inquérito e que no curso da relação processual permaneça estático e inerte, dando causa a que ocorra a perempção. Por ser crime de ação pública, o Ministério Público *deve retomar a ação como parte principal*, segundo o art. 29, in fine, do Cód. de Proc. Penal (8).

Entende o autor do futuro Código de Processo Penal ser arrematado absurdo tal interpretação, razão que o levou ao entendimento atual, que é o da jurisprudência e da quase unanimidade da doutrina. E o absurdo, explica o autor, viria principalmente, da circunstância de que, quando o Promotor de Justiça não é atendido no pedido de arquivamento, se a denúncia deve ser oferecida, o Procurador-Geral designa outro Promotor para o mister, se ele próprio não o faz.

Temos, na exemplificação do mestre paulista, a contradita à interpretação sistemática de Tornaghi. O elemento sistemático, ao contrário, socorre sim, mas à interpretação restritiva do exercício da ação penal subsidiária. O art. 29 encerra norma cujo conteúdo é captado e valorado, segundo critério subordinado ao preceito do art. 28, C.P.P. Como lembra Fragoso é a hipótese do argumento a *maiori ad minus* (o que é válido para o mais, deve necessariamente prevalecer para o menos) (9).

Melhor argumento favorável à exegese retro, segundo a qual a inteligência do art. 29, C.P.P., in fine, é encontrada no seu cotejo

com o preceito do art. 28, o Prof. Hélio Tornaghi a fornece no seu anteprojeto, art. 42: "O Ministério Público *poderá* transformar a ação privada subsidiária em ação pública, quer substituindo-se ao querelado como parte principal e oferecendo a denúncia, quer no caso de negligência do querelado, retomando a ação".

Que diferença de redação! No projeto, é faculdade do Ministério Público a *substituição* ou *retomada*. Qualquer das formas de assunção do Ministério Público ao plano principal da ação é destituída de obrigatoriedade o que não ocorre quando, na legislação vigorante, incide a perempção por negligência do querelante.

Redigida nossa lei, segundo modelo do anteprojeto não haveria como chamar à colação o art. 28, C.P.P.

A legislação austríaca, referida na introdução, graças ao próprio Tornaghi (Compedio de Processo Penal — Tomo II — pág. 492) diz que o Ministério Público é livre de tomar conhecimento do andamento do processo e está autorizado a retomar o procedimento judiciário, em qualquer tempo.

A substituição ou retomada não assumem o caráter da compulsoriedade.

Extraordinário argumento contra a diminuta corrente doutrinária favorável ao pensamento de Tornaghi ainda se vê no judicioso parecer de Hélio Bicudo — Procurador da Justiça do Estado de São Paulo — onde patenteia a magistral lição de Espínola Filho — in Código de Processo Penal — Ary Franco — vol. I, Edição Forense, fls. 103: "não vamos, aqui, repetir conhecidos argumentos que no seu conjunto, vem exposto por forma clara e brilhante, com notável justeza de conceitos, em magistral declaração de votos, proferido pelo eminente Desor. Odilon da Costa Manso, que pontifica na 2ª C. Criminal de nosso colendo Tribunal de Justiça.

As doutas considerações deste respeitável voto é, contudo, mister não esquecer a lição do acatado Espínola Filho, que não se pode conciliar o entendimento de que à parte ofendida é lícita a apresentação da queixa, se o Ministério Público, em vez de oferecer denúncia requer o arquivamento, com a disposição da parte final do art. 29, do CPP, impondo ao representante do poder público aditar a queixa, intervir em todos os termos do processo e tomar, até, a parte principal, no caso de negligência do querelante. Como poderá constranger-se, pondera o insigne processualista o promotor, que não deu a denúncia, por não lhe parecer caso de ação penal, ou não vir elementos para movimentar o processo, tomar a parte principal nessa ação que lhe parecer temerário, dezarrazoada, inoperante? Onde então, se a tanto estivesse obrigado, a sua independência, assegurada, até, por claros preceitos constitucionais" (10).

4.1 — *Arquivamento. Coisa Julgada*

Excetuando-se os casos de novas provas, e decisão de arquivamento faz coisa julgada. Tal é o entendimento do Prof. Rui Barbosa Corrêa Filho, manifestado em conferência proferida no mês de agosto do ano passado na Universidade Católica de Goiás, ao interpretar a Súmula 524, do Supremo Tribunal Federal: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas". Coisa Julgada formal.

Heleno Fragoso, in "Jurisprudência Criminal", 1ª Edição — 1968 — Forense, às fls. 143 e 144, cita as seguintes decisões do Excelso Pretório: "Arquivado o inquérito não pode o MP oferecer denúncia, sem apresentação de novas provas. A hipótese levada a julgamento pelo STF no Rec. Ext. 53.159 (nº 175).

Ação penal após arquivamento do inquérito. Inadmissível sem novas provas. Dando aplicação a jurisprudência tranquila que estabelecera a respeito do STF, no HC 42.015, relator Min. Gonçalves de Oliveira declarou inadmissível a ação penal após o arquivamento do inquérito, sem que surjam novas provas (11).

Faz Coisa Julgada, no sentido formal, o arquivamento de inquérito a pedido do Ministério Público. A Súmula 524 e acórdãos trazidos à colação o confirma.

Orientação diversa já foi seguida, segundo a qual a decisão de arquivamento não faria Coisa Julgada, podendo o Ministério Público, sem novas provas, reativar as peças investigatórias, oferecendo denúncia. A revista "Justitia", nº 48 e 64, trazem, nesse sentido, dois brilhantes pareceres da lavra do Procurador da Justiça Gilberto Quintanilha Ribeiro (12 — 13).

Mais subsídio à assertiva de que só novas provas autorizam a denúncia em inquérito policial arquivado, encontramos no § único do art. 409 do Código de Processo Penal. Sem fato probatório novo, é lei expressa que o confirma, o *judicium accusationis* jamais seria reaberto para que o juízo de formação da culpa se encerrasse com a admissibilidade da acusação.

Já a pronúncia, a despeito do art. 416, têm razão os autores, não incide sobre a mesma a coisa julgada.

A base normativa do entendimento jurisprudencial, chegando à súmula 524, é sem dúvida, o § único do art. 409, CPP, aplicado analogicamente.

Estribado nas próprias razões da impossibilidade da ação penal privada subsidiária nos casos de inquérito arquivado, sem novas pro-

vas, deve-se entender que a aludida ação não pode ter andamento, quando o Promotor de Justiça manifestar repúdio à queixa.

5. EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA

Nelson Hungria foi o artífice da ação penal privada subsidiária, batendo-se pela conservação da ação penal privada, posição em que se contrapôs a Joaquim Canuto Mendes de Almeida, advogado da prevalecência do princípio da autoridade sobre o da liberdade (14).

Agora, com seu anteprojeto de 1963, Nelson Hungria propõe e encontra receptividade, a supressão desse tipo de ação penal.

Protestos ocorreram sob o argumento de violação ao dispositivo constitucional, que não permitiria a exclusão da apreciação do Poder Judiciário, de qualquer lesão de direito individual (art. 153, § 4º, CF).

O argumento não tem o significado que se lhe quer emprestar. Vicente Greco Filho o pulveriza, mostrando que a pena criminal não é reparadora de lesão individual de ninguém. O interesse da vítima é a reparação do dano deduzível em juízo na hipótese de arquivamento, etc (15).

6. CONCLUSÃO

O Ministério Público detém o controle do exercício da ação penal subsidiária, a vista do disposto no art. 29, parte final, combinado com o art. 28, do mesmo diploma legal.

BIBLIOGRAFIA

01. DIRCEU DE MELLO — Ação Penal Subsidiária — Revista de Processo nº 2.

02. HÉLIO BASTOS TORNAGHI — Compendio de Processo Penal, Tomo II.

03. PLÍNIO DE OLIVEIRA CORRÊA — O Procedimento Penal Ex-Officio no Direito Brasileiro — Ciência Penal — 2 — Editora Convívio.

04. EUGÊNIO FLORIAN — Elementos de Derecho Procesal — 1933 — Barcelona.

05. GIOVANNI LEONE — Tratado de Derecho Procesal Penal, Vol. I, 1967, Buenos Aires.

06. HÉLIO TORNAGHI — Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 14.

07. HÉLIO TORNAGHI — Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 14.

08. JOSÉ FREDERICO MARQUES — Estudos de Direito Processual Penal: Ação Penal Privada.

09. HELENO FRAGOSO — Lições de Direito Penal — Parte Geral.

10. ARY AZEVEDO FRANCO — Código de Processo Penal — Vol. I.

11. HELENO FRAGOSO — Jurisprudência Criminal.

12. GILBERTO QUINTANILHA RIBEIRO — Denúncia em Inquérito Anteriormente Arquivado — Justitia — 48.

13. G. QUINTANILHA RIBEIRO — Denúncia com Base em Inquérito Arquivado — Justitia — 64.

14. NELSON HUNGRIA — Novas Questões Jurídicas Penais.

15. VICENTE GRECO FILHO — Das Conquistas do Direito de Defesa no Anteprojeto de Código de Processo Penal — Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo — Vol. II, pág. 77.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

TRIBUNAL DO JÚRI — REMUNERAÇÃO AOS JURADOS

Geraldino Rosa dos Santos
Promotor Público — RS

> "Não há reforma capaz de melhorar o júri no Brasil enquanto seus vereditos forem soberanos, porquanto o júri no Brasil é deficiente como em toda a parte, visto que ninguém se improvisa em julgador do dia para a noite".
> (Frederico Marques — "O JÚRI NO DIREITO BRASILEIRO", p. 51)

Com efeito, difícil é a missão de julgar. E a dificuldade é maior quando se sabe que, no caso da composição do tribunal popular, é uma imposição de lei, uma obrigatoriedade, ninguém pode se recusar ao serviço do júri, resultando, até mesmo, em perda dos direitos políticos a recusa motivada por convicção religiosa, filosófica ou política (art. 435 do Código de Processo Penal).

Mas o mais grave é que a recusa nunca ocorre, tendo em vista as ameaças da lei. Então o cidadão se transforma em juiz leigo, juiz de fato mesmo contra sua vontade, passando a integrar a lista dos que poderão resultar sorteados a cada reunião que se realizar. Ora, essa prestação de serviço é a título gracioso, em contraste com uma tarefa altamente estafante.

Nem se diga ser contra-prestação a circunstância de a função de jurado alicerçar "presunção de idoneidade moral" ou que ao jurado será assegurada "prisão especial, em caso de crime comum" (art. 437 do mencionado diploma legal).

Na última hipótese — a da prisão especial — trata-se de um benefício que ninguém aspira a gozar, visto que fica ligado e ads-

trito a uma "infelicitas facti" para proporcionar a recompensa. Além do mais, a retribuição de um serviço prestado não pode ficar jungida ao advento de fatos futuros. Ao contrário, há de acontecer logo a seguir, sem qualquer condição ou termo, e consistir em retribuição pecuniária, porque a vida moderna está a exigir mais e mais do cidadão, verdadeiro escravo da sociedade de consumo, contaminada pela fome de lucro. Paralelamente, verifica-se que o jurado, abandonando seus misteres para servir ao tribunal do povo, sofre efetivo prejuízo (refiro-me ao autônomo, ao liberal de um modo geral).

Isto não é justo: impõe-se-lhe um serviço sumamente exaustivo, sofre multa se não comparece, a qual será elevada ao triplo se, comparecendo, retirar-se antes de dispensado — trezentos cruzeiros, consoante § 3° do art. 443 do CPP. (1)

Constrange-se os mais laboriosos representantes de uma comunidade a abandonar seus compromissos, sem qualquer consulta a seus interesses legítimos e sem qualquer retribuição de natureza econômica. É por isso que um conhecido criminalista norte americano afirmou:

> "A maioria das pessoas coloca a participação em júris na mesma classe do sarampo e da obturação de um canal dentário. Com muita frequência, pessoas inteligentes e de boa formação, que teriam dado bons jurados, são aquelas que conseguem fugir desse serviço".
> (The Defense Never Rests — F. Lee Bailey — p. 384).

A permanecer esse anacronismo que é o tribunal popular, banido de quase todas as legislações penais modernas do mundo, a par da perda da soberania, possibilidade já aberta pela emenda constitucional de 1969 (parágrafo 18 do art. 153: "É mantida a instituição — abolida a expressão 'e a soberania' — do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida"), terá de dar-se, também, justa retribuição ao jurado que prestar tão relevante e extenuante serviço.

Com relação, aliás, à persistência do tribunal popular em escassas legislações penais do mundo, é oportuno lembrar o que disse dele o insigne processualista mexicano CARLOS FRANCO SODI: "De fato, o júri foi de nossa legislação eliminado a partir de 1929, em conseqüência de seus retumbantes e indiscutíveis fracassos". E acrescenta: "Era un espetáculo, pero no hacia justicia". (FREDERICO MARQUES — op. cit., pág. 47).

Propomos que a contraprestação estatal seja feita à base de um salário mínimo regional, por reunião ordinária (e são quatro

durante o ano), pago pelo Estado, através do Poder Judiciário, que terá, a cada proposta orçamentária, rubrica com essa destinação. E essa retribuição é ainda modesta, considerando-se que algumas sessões se prolongam noite a dentro, ao amanhecer do dia seguinte, com intervalos breves de descanso e, conseqüentemente, o jurado integrante do conselho de sentença precisará de mais um dia para recuperar-se da estafa que sofreu, após a árdua tarefa de que desincumbiu.

Esgotado, mal alimentado, a ouvir rasgos de oratória, boa ou estúpida, mas nem sempre do seu agrado, é castigo em demasia lhe não atribuir justa retribuição pecuniária. É de se notar, ainda que, pela forma como propomos o pagamento, o mesmo jurado poderá participar de mais de uma sessão, na mesma reunião ordinária, percebendo um único salário. Além disso, numa sessão, poderão ser julgados dois ou mais processos.

Das observações que temos feito, parece que o jurado, insatisfeito com tudo isso, desde logo devota antipatia ao acusador oficial que, representando o Estado, nele incorpora o "poder", juntamente com o juiz presidente, de obrigá-lo a ficar ali, enquanto durar o julgamento, que ele pretende seja o mais breve. Daí a impunidade que comumente campeia nos tribunais populares. Daí, ao menos em parte por isso, os seus retumbantes fracassos pelo desacerto dos vereditos, às mais das vezes inclinados a condescender com criminosos perversos.

A remuneração do jurado, a par de justa, terá o condão de obrigá-lo a ficar mais atento, pedir esclarecimentos, buscar a verdade. Enfim, participar ativamente, como, aliás, lhe faculta a lei. Deste modo, sairá daquela posição clássica de mero espectador, fazendo jús ao salário que vai ganhar.

Observe-se, ainda, que "os jurados serão responsáveis criminalmente, nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação (art. 438 do CPP). Como se vê, tais figuras delituosas são próprias de funcionários públicos. Só investido dessa condição é que o agente pode ser sujeito ativo de semelhantes delitos. Assim que, uma vez mais, a lei procura assemelhá-lo, ao menos naquele momento e para dizer da importância do mister que lhe é cometido, ao juiz togado — mas ainda o faz com ameaças ou advertência, como quizerem. Será concussionário, corrupto ou prevaricador se agir por uma das formas definidas no diploma substantivo, respectivamente nos artigos 316, 317, §§ 1º e 2º, e 319. Então, após tantas insinuações punitivas (perda da cidadania, multas, punições agravada face à condição, no momento, de funcionário público, na hipótese de praticar os delitos enumerados), justifica-se plenamente lhe seja dada uma retribuição pelo serviço

que vai prestar, tão enaltecido na lei, que impõe-se severas conseqüências aos infratores.

Existem outros serviços, como o de mesário nos pleitos eleitorais, sem dúvida também estafantes, aos quais não se atribui qualquer recompensa pecuniária. Sem diminuir o mérito dos demais serviços, igualmente sem retribuição, destaco a função de jurado porque, dentre todas, é sem dúvida a mais grave e difícil, especialmente pelas conseqüências que o seu veredito encerra.

Não contesto o dever de civismo e o quanto é dignificante a prestação do serviço de jurado. Mas não se pode sublimar demais as coisas, fazer abstrações até mesmo de fundo filosófico quando nos vemos em confronto com necessidades materiais. Na verdade, muitos dos que prestam esse serviço não as têm, outros tantos as possuem dobradas. O decisivo, porém, e que não parece justo numa democracia autêntica, é que o Estado, usando do "jus império" que lhe é inerente, em certos casos, fira as liberdades individuais, o "status libertatis" dos cidadãos, constrangendo-os à prestação de um serviço, tão sério quão estafante, como o de jurado, sem recompensá-lo materialmente. Tenho a ousadia de dizer que é um tratamento iníquo, comparando-se com outros serviços que o Estado paga, e que tão pouco exigem quem os presta. Assim que, em última análise, não estaríamos pedindo mais do que obediência a um princípio de eqüidade.

Alguém já disse que o trabalho prestado sem que haja interesse de recompensa vale quanto custa. Talvez haja um certo exagero nisso, mas tem um pouco de verdade. A tecnocracia (e eu não sou um entusiasta dela) e as necessidades da vida moderna têm por demais endurecido o homem, que de ser pensante vem sendo reduzido a números. O mundo de nossos dias, para que as pessoas tenham arroubos e desprendimentos, estímulo e zelo pelos serviços prestados, está a recomendar aos governos uma maior valoração à criatura humana, demonstrando, através de manifestações concretas, o reconhecimento pelo trabalho relevante que realiza junto à sociedade. Por outro lado, parece que a remuneração do jurado dará uma maior identidade fática entre juiz leigo e o juiz togado, não ficando as coisas colocadas só num plano de divismo, onde se procura, com surrados chavões, demonstrar foros de nobreza nos serviços prestados "sem o interesse mesquinho". Enlevos de uma filosofia ultrapassada que não mais corresponde à realidade da palpitante e conturbada vida moderna, no contexto da qual o homem se agita e estremece, frente às mais complexas situações, sendo que, na espécie, vê-se diante da grave e perturbadora missão de julgar seus semelhantes.

Não posso compreender o caráter gracioso desse serviço. Dê-se o "jeton" aos jurados e teremos um tribunal popular estimulado a perquirir das causas mais íntimas do fato punível que vai julgar. Mergulhar nas entranhas do processado e dali extrair o seu convencimento, ainda que decidindo pelo "livre sentimento", como lhe é dado fazer, pois os sentimentos são também parte integrante e até essencial do complexo ato de decidir. O juiz togado também não é máquina estática de proferir decisões, de dizer do direito prevalecente, muito embora vivamos na era da cibernética jurídica. É carne e osso, nervos, sentimentos e até paixões. A máquina de julgar é invento do futuro, quem sabe. Mas quando ela surgir, certamente não haverá mais justiça, na expressão sublime do bem sobre o mal, do justo sobre o injusto.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DO TRABALHO PRISIONAL E DA PRISÃO ALBERGUE

Altayr Venzon
Promotor junto à VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. Professor de Direito Penal nas Faculdades de Direito da UFRGS e PUC (RS)

A respeito do trabalho do sentenciado, a lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, publicada no D.O.U. em 25 de maio de 1977, que derrogou o Código Penal, prevê, no estágio probatório inicial, o *exercício de atividades* que permitam completar o conhecimento da personalidade do condenado.

Numa segunda fase, adota *trabalho em comum* (interno ou externo) observadas as aptidões ou ocupações anteriores, desde que não esteja em desacordo com os objetivos da pena.

Quanto ao *trabalho externo* aceita que este não se vincule obrigatoriamente aos anteriores, sendo compatível com os regimes fechado, semi-aberto e aberto, mantidas as cautelas relativas à segurança.

O trabalho do preso deve ser concebido como dever social e condição de dignidade humana. É imposto obrigatoriamente, não devendo ser considerado atividade expiatória. Neste ponto o texto legal se coaduna com as conclusões do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça. (1)

A metodologia do trabalho penitenciário deverá fundamentar-se na idéia da temporariedade da prisão. Vencido esse intervalo na vida de um homem, deverá ele ser capaz de reinserir-se no meio social não só com uma determinada aptidão profissional mas também com experiência que o habilite às condições normais do tra-

---

1 — As normas para uma programação penitenciária do Ministério da Justiça. A.B. Cotrim Neto, fls. 14

balho livre. Aceitando essa metodologia a lei abriga também conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, a respeito do sistema penitenciário. (2)

Admitindo que o labor prisional deva ser organizado de forma tão aproximada quanto possível do trabalho em liberdade, cabe-nos examinar:

a) a natureza jurídica do trabalho penitenciário;
b) o trabalho na realidade penitenciária brasileira;
c) a ação educativa individualizada ao preso;
d) o trabalho prisional e sua proteção por um regime jurídico.

I — DA NATUREZA JURÍDICA DO TRABALHO PENITENCIÁRIO

.. O trabalho do sentenciado, quer seja interno ou externo, deve ser estudado sob quatro aspectos: jurídico, econômico, sociológico e bio-psicológico.

Entende-se por trabalho interno aquele que é exercido dentro do estabelecimento prisional, no prédio principal ou demais dependências, sejam estas fechadas ou sob vigilância e no cumprimento, no máximo, até o segundo estágio da pena privativa de liberdade, tais como, trabalho em oficinas, enfermaria, cozinha, faxina, pátio interno.

Como trabalho externo, face à lei, considera-se tão somente o trabalho executado em regime de prisão-albergue. O preso trabalha fora do estabelecimento em indústrias, agricultura, pecuária, comércio, repartição pública, em regime de semi-liberdade e confiança, pernoita, entretanto, em albergues anexos aos estabelecimentos prisionais ou independentes.

Há, também, o trabalho executado por ocasião do terceiro estágio da pena privativa de liberdade, em colônias agrícolas, fazendas, acampamentos, lavouras, olarias, granjas, aviários, pocilgas, também em regime de semi-liberdade e confiança.

A primeira e mais importante indagação que surge é a que se refere à natureza jurídica do trabalho penitenciário. Será ele elemento constitutivo da pena e, como tal, repressão e castigo? Será o trabalho ergoterapia ou praxiterapia, meio para alcançar-se um fim mais elevado: a educação do condenado?

A pena em parte é retributiva. É contraprestação proporcional ao mal praticado.

---

2 — Relatório da C.P.I. da Câmara dos Deputados, fls. 14

O trabalho, entretanto, não está inserido no conceito de pena, porém vinculado ao tratamento individualizador após a classificação do delinqüente.

O velho "trabalho-castigo" que ilustrou, durante séculos, livros vulgares, não passa hoje de uma notícia historiográfica. É a própria ONU que nas Regras Mínimas para o tratamento dos presos recomenda: "o trabalho penitenciário não deve ter caráter aflitivo". É perfeitamente compreensível o sentido do princípio proposto pela ONU. O trabalho não deve ser mero castigo. Isso não elide o antigo axioma de Economia Política de que todo o trabalho é penoso.

Por outro lado, o fato de a ONU preconizar não tenha o trabalho caráter aflitivo é para que se não repitam as torturas e os castigos aviltantes e corporais do passado.

Não é lícito, entretanto, aceitar passivamente a injustificável ociosidade em que vivem os presos nas penitenciárias brasileiras.

Se a todo homem livre representa o trabalho um dever moral e social, mesmo quando sem penas a cumprir, porque seria o preso contemplado com a nociva ociosidade.

Esta, a ociosidade, reconhecida jurídica e sociologicamente como prejudicial à sociedade, integra o elenco das contravenções puníveis, por constituir fonte imediata da criminalidade e indício de periculosidade do ocioso.

Ao incluir no Código Penal a sujeição ao trabalho, aparentemente o legislador o fez para inseri-lo como elemento constitutivo da pena. Entretanto, logo após, ao acrescentar que o trabalho deve ser remunerado, dá-lhe o caráter pedagógico e natural (sem ferir a retribuição com o isolamento e a disciplina).

O legislador brasileiro acentuou ainda mais, no parágrafo único do art. 31 do Cód. Penal este ponto de vista, ao referir que o detento, na conformidade das aptidões e da ocupação profissional anterior poderá escolher o seu trabalho no estabelecimento prisional, desde que este trabalho tenha caráter educativo.

Como bem refere ROBERTO LYRA *"nenhuma transformação da pena identifica o progresso jurídico, como a que vai substituindo os trabalhos forçados pela casa do trabalho"*. (in, Comentários ao Código Penal, Forense, vol. II, pág. 129).

Com efeito, ao derrogar o parágrafo único do art. 31 do Cód. Penal a recente lei ampliou os institutos de trabalho recebedores de detentos e regulou a remuneração e o regime jurídico do exercício de atividades laborativas, na área prisional.

Quanto ao aspecto econômico é axiomático que o homem exerce sua atividade visando à produção.

O ideal seria que o preso pudesse, através de seu trabalho, produzir bens e serviços para a satisfação de suas necessidades primárias e as de sua família e para minorar as despesas que o Estado consome na manutenção do preso. Segundo levantamento recente, no Rio Grande do Sul, há uma despesa mensal de Cr$ 4.000,00 (quatro mil cruzeiros) por preso, mesmo os que trabalham. (in, INFORME ESPECIAL, jornal ZERO HORA, em 8 de fevereiro de 1976).

A São Paulo é atribuída a expressão: Quem não trabalha não come". O princípio não é aplicado, entretanto, no sistema penitenciário.

Em realidade, o interesse dos presos e da sua formação profissional não ficam subordinados ao desejo de auferir vantagem por meio do trabalho penitenciário.

É o que ocorre quando do emprego de métodos ergoterapêuticos ou praxiterapêuticos. Na aplicação desses métodos muitas vezes a matéria prima artesanal empregada excede, em valor, o preço do bem produzido. O trabalho, entretanto, é exercitado para fins de apresentação e elaboração de testes dentro dos grupos operativos onde são os presos observados. O trabalho é feito nas casas denominadas Institutos de Biotipologia Criminal ou nos denominados Gabinetes de Antropologia, por equipes de médicos-psiquiatras-criminalistas, psicólogos, assistentes sociais e sociólogos.

Com o mesmo objetivo, nesses estabelecimentos, ocorrem as chamadas "saidas terapêuticas" que, autorizadas pelo Juiz das Execuções, ensejam aos presos a oportunidade de realização de certos trabalhos externos, durante os quais estão sendo observados.

Não é outro o sistema adotado para a "alta progressiva" de pacientes em manicômios judiciários. O Juiz das Execuções autoriza as saidas dos pacientes, para trabalho externo ou pequenas tarefas ou passeios, após recomendação médica. Este é um pré-estágio à alta hospitalar, após o exame de verificação da cessação de periculosidade nas medidas de segurança ou conclusão de tratamento nas doenças mentais supervenientes ao crime e à condenação.

De quando em vez, apenas, o trabalho do preso (mão de obra não especializada) tem valor econômico e pode ser aproveitado como atividade produtiva.

Sob o ponto de vista sociológico, entre outros aspectos diríamos que a remuneração é uma forma eficaz de minimizar o sofrimento dos familiares do apenado.

A remuneração, entretanto, na concepção real do trabalho presidiário é um objetivo meramente secundário, embora lhe seja dado cunho ético, "a que se subordinam os aspectos utilitários" (in, Ármida Bergamini Miotto, Curso de Direito Penitenciário, 2º vol. página 493).

A natureza jurídica do trabalho prisional não está algemada à natureza jurídica da pena.

Pelo contrário, a pena é ressocializante, mas é também retribuição. O trabalho, em presídios, é meio de educação.

II — O TRABALHO NA REALIDADE PENITENCIÁRIA BRASILEIRA

Em virtude da carência de recursos oficiais para a fixação dos setores de trabalho interno nas penitenciárias brasileiras é reduzido o número de estabelecimentos que mantêm trabalho permanente.

Por outro lado, o regime de prisão-albergue, adotado em poucos estados da Federação, ainda não tomou o vulto necessário a um trabalho realmente significativo.

Baseados em observações pessoais, ou por pesquisas, procuraremos esboçar no quadro abaixo uma síntese da execução de trabalhos nas penitenciárias brasileiras:

SÃO PAULO — O trabalho interno ou externo, mas quase que exclusivamente o primeiro é um dos pontos positivos em alguns estabelecimentos prisionais de São Paulo.

Os regulamentos dos presídios paulistas é que contêm os primeiros dispositivos permitindo as mais variadas formas de atividade laborativa.

Com efeito, no decreto nº 42.446, de 9 de setembro de 1963, que aprova o regulamento do Departamento dos Institutos Penais do Estado de São Paulo está criado em todos os estabelecimentos prisionais o setor de produção e laborterapia. Esta divisão cuida do trabalho industrial e agrícola. E, efetivamente, no regimento interno da Penitenciária do Estado de São Paulo encontra-se, no art. 61, do Capítulo relativo à laborterapia: *"Observado o repouso de oito horas, todo internado está obrigado ao trabalho, que será remunerado de acordo com a tabela baixada pela autoridade competente. Art. 62. O trabalho no estabelecimento será disciplinado pelo disposto nas normas do Regimento Interno da Junta de Orientação Técnica, as quais terão em vista, sempre, a profissionalização dos internados"*. A Casa de Custódia de Taubaté, no art. 6º de seu regimento interno refere que a CCTT será administrada com exigência de *"trabalho intensivo"*. Não é outro o sistema da Penitenciária Regional de Presidente Wenceslau, que na secção V do Regimento Interno, arts. 30, usque 54 prevê o trabalho e o pecúlio. Por sua vez o Instituto Penal Agrícola Prof. Noé Azevedo, de Bauru, no capítulo 4º do Regimento Interno é mais casuístico e dá o regime de trabalho que indica às 7 horas da manhã e cessa às 10,30 reiniciando às 12,00 horas até às 16,30 horas. Oxalá em todos os estabelecimentos pe-

nais do Brasil fosse adotado horário de trabalho idêntico para eliminar a injustificável ociosidade. No Regimento interno da Penitenciária de Avaré, no art. 45, no capítulo da LABORTERAPIA diz expressamente: *"Observado o repouso de oito horas, todo internado está obrigado ao trabalho"*. O regimento interno do Instituto Penal Agrícola Dr. Javert de Andrade, situado em São José do Rio Preto, sob o título REGIME DE VIDA, prevê no art. 7º, trabalho obrigatório merecendo retribuição pecuniária que constituirá o salário penal do reeducando. Em Tremembé, no Instituto de Reeducação no art. 4º do regimento interno está prevista uma jornada de 8 horas diárias de trabalho aos apenados. Há, pois, amparo legal e regulamentar para o exercício de atividades laborativas no estado bandeirante. Quanto ao regime externo, a prisão albergue ocorre em três faixas, em São Paulo: 1º) Execução direta das penas de curta duração até um ano inclusive, (provimento 57/70 do E. Conselho Superior da Magistratura); 2º) — Na fase da execução: a partir do estágio probatório (3 meses) de bom comportamento para as penas de detenção ou de seis (6) meses para as penas de reclusão, quando a pena não for superior a 5 anos. 3º) — Fase de execução no terceiro estágio da pena (in, Alípio Silveira, Teoria e Prática da Prisão Albergue, 3ª edição, pág. 150): Consoante sugestão do Prof. José Hamilton do Amaral devem ser adotados critérios rigorosos e científicos para a remoção de reeducandos à prisão aberta e consequentemente ao regime de albergue, como diagnóstico da personalidade, diagnóstico criminológico, vícios, tempo de reclusão restante, qualificação profissional, estado civil e quociente intelectual. (tese apresentada às Jornadas Internacionais de Criminologia).

O trabalho interno ou externo, em São Paulo, merece acurado estudo dos cientistas, é objeto de apreciação do Conselho Superior da Magistratura por seus inúmeros provimentos, consta do regulamento das casas e se exercita com abundância de verbas, comparando-se este a outros estados da Federação. Entretanto, ainda há parcela considerável da população carcerária, mormente na Casa de Detenção de São Paulo, sem atividade laborativa permanente.

NA BAHIA — O trabalho exercido na cadeia civil de Jequié, através da Sociedade de Bem Estar dos Presidiários e sob a orientação do Juiz de Direito da Comarca tem recebido encômios, mormente em trabalhos da Profa. Juçara Fernandes Leal, de Sergipe, que estuda penitenciarismo "in loco" na Bahia. (in, Reforma Penitenciária, V Congresso Brasileiro de Direito Penal e ciências afins, São Paulo, 1975).

O pensamento a respeito do trabalho do preso na Bahia é tão sério que o Prof. Ramagem Badaró apresentou projeto de Código de Trabalho Penitenciário, como tese, durante a II Reunião Penitenciária Brasileira realizada no Paraná.

NO PARANÁ — No estado do Paraná a Prisão-Albergue decorreu da resolução nº 5/72, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, publicada no Diário da Justiça do Paraná em 8 de agosto de 1972. A resolução adota o mesmo critério dos provimentos do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo. Também o regulamento penitenciário do Paraná previu o regime, adotado principalmente na Colônia Agrícola Manoel Ribas, do sistema de Piraquara. Há também algum trabalho original em madeira e vime na Penitenciária de Piraquara e no Presídio Provisório do AHÚ. — Em Londrina há uma penitenciária onde inicia-se algum trabalho prisional depois do 1º Congresso Brasileiro de Criminologia realizado naquela cidade sob os auspícios do Instituto Oscar Freire.

EM SANTA CATARINA — Inaugurada em 20 de junho de 1954 a prisão-albergue de Canasvieiras foi a segunda do Brasil. De lá para cá funciona regularmente embora não se tenha notícia, ainda, de que no Estado de Santa Catarina lei estadual, provimento ou resolução do Tribunal de Justiça do Estado tenha autorizado o regime de prisão-albergue. Inobstante, o promotor público daquele Estado, Dr. João José Leal já elaborou excelente regulamento para o sistema de semi liberdade e confiança e submeteu, como tese, ao Congresso Estadual do Ministério Público realizado em São Paulo, com aprovação unânime. Na Penitenciária de Florianópolis e na nóvel Penitenciária de Chapecó há algum trabalho.

BRASÍLIA — Não concluída a faraônica Penitenciária da Papuda, o Núcleo de Prisão Provisória e o Instituto de Reeducação e Tratamento têm algum trabalho incipiente, mas muito difícil, quer pela distância, como pela instalação improvisada e rudimentar.

CEARÁ — Pelo Decreto nº 10.719, de 8 de março de 1974 foi aprovado o regulamento do Departamento do Sistema Penal do Ceará, que em seu artigo 18 refere a DIVISÃO DE TRABALHO com a finalidade de proporcionar trabalho aos internos nos estabelecimentos penais e no Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes, com serviço agro-pecuário, industrial e artesanal.

No Instituto Penal Paulo Sarasate há uma área de 120 hectares com trabalho agrícola rudimentar. Há comentários positivos, porém, a trabalho desenvolvido pelo Centro Penitenciário Agrícola da Região Sul do Estado, no sopé da Serra do Araripe, nas proximidades do distrito de Brejo Grande, município de Santana do Cariri, ocupando uma área de 1.028 ha. distando cerca de 600 Km de Fortaleza. Nesse estabelecimento penal semi-aberto que, em princípio, deveria destinar-se aos internos isentos de periculosidade hoje se recolhe indistintamente presos em terceiro estágio ou com medida de segurança em colônia agrícola, em casas de taipa, cobertas de telha, cuja substituição é gradativa por casas de alvenaria *construídas pelos próprios apenados*.

RONDÔNIA — Mercê do interesse demonstrado pelo ex-inspetor geral penitenciário Procurador da Justiça José Júlio Guimarães Lima a colônia agrícola de Rondônia apresenta incipiente trabalho.

MINAS GERAIS — A Penitenciária Agrícola de Neves é um dos locais onde mais e melhor se trabalha no Brasil, em estabelecimentos prisionais. Com efeito, além da ótima produção hortigranjeira e frutícola das três fazendas, mormente a de Mato Grosso, há também um excelente trabalho de fabricação de móveis de vime, assim como trabalhos de encadernação e tipografia. Em Juiz de Fora há também boa organização laborativa.

ESPÍRITO SANTO — No Espírito Santo, pela lei nº 2.517, de 21 de julho de 1970 foi reestruturado o sistema penitenciário do Estado. No art. 12, inciso II está previsto: "SEGUNDO PERÍODO: trabalho em comum, dentro do estabelecimento ou em obras ou serviços públicos fora dele, após a seleção profissional.

É o regime de prisão-albergue por força de lei estadual.

A seleção profissional obedece critério científico e é feita pelo Instituto de Bio-tipologia criminal que funciona junto ao estabelecimento existente na ilha de Vitória e denominado Instituto de Readaptação Social Professor Jair Etienne Sessaune. O trabalho externo (em regime de prisão-albergue) funciona por convênio entre a direção do estabelecimento e a repartição pública ou empresa particular interessada.

Há muitos presos trabalhando, nesse regime, na Cia. Belgo Mineira, na Marinha e para o Estado.

Na Colônia Agrícola de Viana há também presos em terceiro estágio da pena. É uma antiga fazenda de pecuária e agricultura, situada na estrada que liga Vitória a Cachoeiro do Itapemirim.

(EX-GUANABARA) — RIO DE JANEIRO — Há trabalho no Presídio da Ilha Grande. Aliás, o excelente REGULAMENTO PENITENCIÁRIO DA GUANABARA dedica todo o capítulo IV, dos arts. 88 a 113 à organização do trabalho. É o texto legal mais completo a respeito da matéria. Na penitenciária LEMOS DE BRITO há trabalho de sapataria bastante desenvolvido, assim como um laboratório. No Presídio Hélio Gomes as condições diminuem. No sistema de Bangu há trabalho na Penitenciária Feminina Talavera Bruce, assim como no Instituto Esmeraldino Bandeira. Algum no instituto de jovens adultos Moniz Sodré.

PARÁ — Pelo decreto nº 3.407, de 5 de julho de 1973, o Estado do Pará aprovou o seu regulamento do sistema penal, que no art. 9º estatui: *"No estabelecimento penal aberto predominará* TRABALHO PRÉ-COMUNITÁRIO *sob o regime de semiliberdade e confiança, destinado a adaptar o sentenciado à futura vida livre em socie-*

dade". Não restam dúvidas de que o Decreto Estadual no Pará se antecipou ao regime accito pelo novo Código Penal, face à recente reforma. — Há esforço objetivo no sentido de que no Pará haja trabalho prisional organizado.

SERGIPE — Há em Sergipe trabalho perseverante objetivando um Instituto Penal Agrícola e Industrial para ser um centro modelar de "educação, trabalho e disciplina", consoante tem preconizado a Profa. Juçara Fernandes Leal em inúmeros artigos e teses em Congressos especializados.

PERNAMBUCO — As notícias existentes acerca da organização penitenciária do Estado de Pernambuco o colocam entre os melhores do Brasil. Há referências relativamente ao trabalho desenvolvido com êxito em ITAMARACÁ, secundado pelas penitenciárias de FLORESTA e CANHOTINHO.

ALAGOAS — A primeira prisão aberta do Brasil foi a de Santa Fé, que em 1954 funcionava em terreno fértil, com 2 milhões de metros quadrados a 60 quilômetros de Macció. De lá para cá há notícias relativamente ao funcionamento de trabalho no Instituto SÃO LEONARDO.

MARANHÃO — O trabalho agrícola é desenvolvido na Penitenciária de Pedrinhas.

AMAZONAS — Um grande projeto de estabelecimento agrícola e industrial com setores de trabalhos desenvolvidos.

PIAUÍ — Há uma penitenciária para todo o Estado. Existem referências a trabalho artesanal interno.

PARAÍBA — Existem notícias de grande esforço na formação do pessoal penitenciário, com cursos de especialização de agentes para o trabalho no setor penitenciário. Consta que há trabalho na Penitenciária de MANGABEIRA e na Penitenciária MODELO.

RIO GRANDE DO NORTE — As referências a trabalho prisional se vinculam ao nome da colônia agrícola JOÃO CHAVES.

MATO GROSSO — Há estabelecimentos novos com boas condições de trabalho agrícola e industrial. Na Capital e Penitenciária de COXIPÓ, com trabalho organizado.

GOIÁS — A CEPAIGO (Centro Penitenciário de Atividades Industriais de Goiás) em virtude da autonomia que possue, como autarquia, tem excelentes condições de proporcionar trabalho e reaplicar o produto arrecadado. É uma experiência muito positiva para a possibilidade de trabalho agrícola e industrial em penitenciárias.

ACRE — Há lavouras de arroz, feijão e mandioca na Colônia Agrícola Evaristo de Moraes, em Rio Branco.

Em resumo, acentuadas as exceções existentes, é trágico o quadro brasileiro a respeito do trabalho externo ou interno nos estabelecimentos prisionais.

Em estatística recente verificamos que a população carcerária brasileira oscilava em torno de 30.000 pessoas.

Pelo quadro exposto verificamos que as condições de trabalho são proporcionadas a aproximadamente 5.000 homens.

Em realidade, sem medo de errar, calculamos em 25.000 homens os presos ociosos que existem no Brasil.

NO RIO GRANDE DO SUL — O regime de prisão-albergue em semiliberdade e confiança tem respaldo legal na lei 6.308 de 25 de novembro de 1971, regulamentada pelo decreto nº 21.508, de 22 de dezembro de 1971. Atualmente há 544 presos trabalhando fora, de uma população de 4571 presos.

Em termos de trabalho prisional merecem referências o Patronato Lima Drummond e a Fundação São Dimas, o primeiro, na Capital, com fábrica de móveis e o último na Comarca de Novo Hamburgo, com fábrica de calçados.

III — A AÇÃO EDUCATIVA INDIVIDUALIZADA

A educação, numa conceituação moderna, é um processo político-social que visa levar o indivíduo concomitantemente, a (1) explicitar as suas virtualidades e a (2) encontrar-se com a realidade para nela agir de maneira consciente, eficiente e responsável, tendo em vista a continuidade e o desenvolvimento sociais, para serem atendidas necessidades e aspirações individuais e sociais.

A execução penal, segundo o ilustre penalista alemão Albert Krebs, possui atualmente três instâncias. A primeira é a repressiva, que compete à autoridade policial e que se escoa com a captura do réu. A segunda instância é a judiciária, a quem incumbe o julgamento e a sentença. A terceira instância é a administrativa a quem cabe a execução penal.

Com relação à execução penal houve reversão de expectativa, ou seja, a pena não é mais simplesmente repressiva, mas ressocializante pelo trabalho, pela educação.

Parece-me que existe uma relação profunda entre os dois conceitos enunciados, quais sejam o novo conceito de educação e o novo conceito de pena.

Ora, conclue-se, é finalidade da educação explicitar as virtualidades do indivíduo, competindo à execução penal, aproveitá-las *no trabalho* e no estudo e explorá-las pelo conhecimento da personalidade do apenado.

IV — O TRABALHO PRISIONAL E SUA PROTEÇÃO POR UM REGIME JURÍDICO

Se, em sua natureza jurídica, o trabalho não é castigo, pena, retribuição, mas educação. Se o trabalho deve exercer sobre o sentenciado uma individualizada ação educativa e se a realidade está a demonstrar que elevado percentual da população carcerária não recebe trabalho e nem educação, há que se procurar uma forma de concessão de trabalho e mais, protegido por um regime jurídico adequado.

O regime de semi liberdade e confiança com o trabalho externo e a prisão albergue está recebendo acentuada aceitação e demonstrando resultados positivos.

O regime de trabalho interno, entretanto, carece de recursos materiais para a sua elaboração permanente.

Admitido que o Estado não dispõe de recursos materiais suficientes para dar trabalho a elevada população carcerária ociosa, não há senão abrir a possibilidade de que as indústrias, o comércio, a pecuária e a agricultura o façam, através de convênios ou contratos, fiscalizados e controlados pelo Estado.

Como o regime de trabalho particular é regido por um regime jurídico, há que se adotar este mesmo regime para o trabalho prisional.

CONCLUSÕES

a) O regime de Semiliberdade e Confiança é Evolução na Sistemática da Execução da Pena.

b) O trabalho externo constitui concomitantemente ação educativa e laborterapia ressocializante.

c) A prisão albergue é conveniente porque elimina a promiscuidade, combate a ociosidade, prepara o condenado para a vida livre e lhe proporciona alguns recursos para a manutenção dos dependentes.

d) O trabalho interno poderá ser exercido mediante convênios ou contratos, também com empresas particulares idôneas, sob a fiscalização e controle do Estado, protegido por um regime jurídico adequado.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DA REVISÃO CRIMINAL: TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Geraldo Batista de Siqueira
Procurador da Justiça, Professor de Direito Penal e Processo Penal

Reynaldo Edreira Martins
Promotor de Justiça de Goiânia

Joel de Sant'Anna Braga
Procurador da Justiça

SUMÁRIO

1. Noções Introdutórias
2. Revisão Criminal: Ação ou Recurso?
3. Revisão Criminal: Coisa Julgada. Verdade Material
4 Revisão de Decisões Absolutórias e Revisão Pro Societate.
5. Do Pedido Revisional do Ministério Público
6. Conclusão

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Anteprojeto do Código de Processo Penal, da autoria do Prof. José Frederico Marques, com a revisão do autor e mais os eminentes Professores José Carlos Moreira Alves, Benjamim Morais Filho e o saudoso José Salgado Martins, publicado em suplemento do "Diário Oficial da União, de 29/06/70, dentre as mais avançadas inovações, trazia salutares aperfeiçoamentos, que refletiriam eficazmente, na liberdade do cidadão, alerta do objetivo maior do processo penal que é o de ser o instrumento da realização da prestação jurisdicional, segundo a *Verdade Real,* posto que só através desta se alcançaria

a sentença justa de que falava Chiovenda (1), significado preponderante da presença do Ministério Público na relação processual.

O instituto da revisão criminal, corresponde à rescisória no campo da processualística civil e que veio em substituição ao *recurso de revista* (Lei de 18/09/1828, Res. de 31/08/1829, Decrs. de 9/11/1830, 20/09/1833 e 17/02/1838) decorrentes do tratamento constitucional (art. 164, 1° da Constituição de 1824), teve ingresso na prática processual, graças ao legislador constituinte de 1891.

Foi "criado pela Constituição Federal, art. 81, com uma feição *sui generis,* mais de ação rescisória do que de recurso" escrevia Galdino Siqueira (2).

E as Constituições subsequentes, à exceção da Carta Política de 1937 — de 1901, 1946, 1967, 1969, pelos artigos 73, n° 3; 101, n° IV; 114; 119, I, respectivamente, consignava-lhe forma legislativa.

O Código de Processo Penal, em vigência, cuida da mesma no art. 621 a 631. O anteprojeto art. 800 a 802. O Projeto 633, art. 563 a 577 e 752 a 754.

2. REVISÃO CRIMINAL: AÇÃO OU RECURSO?

Conforme já assinalado, a Revisão Criminal é instituto processual do período republicano de nossa história, haja vista que o diploma legal que o consagrara fora da primeira Constituição da República. Vinha substituir o *Recurso de Revista,* que passaria a ter existência, mais tarde, somente no âmbito do processo civil (Código de 1939).

Mas, e a indagação que titula o tópico? Ação ou Recurso?

Ação. Seu objetivo mediato e imediato, no contexto do processo de conhecimento, é provocar o exercício da tutela jurisdicional em termos a desfazer uma relação jurídica, reputada injusta. Ação constitutiva porque visa o desfazimento dos efeitos de sentença condenatória (3). A ação de revisão criminal é ação constitutiva negativa. Por ela, exerce-se a pretensão à desconstituição da sentença criminal pelos fundamentos que a lei ordinária estabelecer (4). Tourinho Filho, depois de assinalar que objeto da revisão é desfazer uma sentença com trânsito em julgado, transcreve Alcalá Zamora: Su efecto es manifestamente constitutivo (5).

O Código de Processo Penal, em vigor, regula-a entre os recursos (art. 621 a 631). Trata-se de imperdoável equívoco técnico, evitado no Projeto 633/75, art. 563 a 577, capítulo que trata dos Processos de Competência Originária dos Tribunais: o mesmo tratamento recebido pelos Embargos de Declaração (art. 578 a 581).

O Projeto, como o anteprojeto, conferem à revisão criminal a definição jurídico — processual, segundo a doutrina aceita. Negam-lhe os atributos recursais. É ação, através da qual instaura-se o processo, veículo da prestação jurisdicional invocada.

Nosso Código de Processo Penal, em vigor, após o Código de Processo Civil (1939) não o imitara, quando este, atento a melhor técnica, não se descuidara em colocar a *Ação Rescisória de Sentença* (art. 798 a 801) fora do rol dos recursos.

3. REVISÃO CRIMINAL. COISA JULGADA. VERDADE REAL

O instituto jurídico da coisa julgada, antes de estar numa previsão processual, é garantia individual firmada na Constituição (art. 153, § 3º, última parte). É a qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional, entregue com o julgamento da *res in judicium deducta*, em virtude da qual esses efeitos se tornam imutáveis entre as partes (6). É atributo específico da jurisdição (7). A coisa julgada, como qualidade dos efeitos do julgamento, segundo o ensina Enrico Tulio Liebman, citado por Frederico Marques (8), assume aspecto teleológico, de suma importância, visto que, como prelecionava Paula Batista, a autoridade da coisa julgada é um elemento indispensável de ordem pública e tem o mesmo fundamento que a autoridade das leis (9), com o reconhecimento ou não do jus puniendi", postulado no ato acusatório próprio. A sentença final de mérito, escreveu Hugo Rocco, tornada imutável pela coisa julgada, exaure a obrigação jurisdicional, e, concomitantemente, o direito de exigirem as partes novo julgamento sobre o mesmo objeto litigioso (10). Deve existir um momento em que se considere la decision de um litígio como verdadera, escrevia Beling, citado por Tourinho Filho (11).

Concluindo, a coisa julgada assenta-se em fundamental interesse político, que é o de por termo a situação de litigiosidade, prejudicial ao fim precípuo do direito, como regra ordenadora da convivência social.

Contudo, depois de quanto se escreveu, para realçar a coisa julgada como atributo específico da jurisdição, em tema de revisão, mais que na rescisória civil, a instituição da coisa julgada é vulnerável. Pode-se, mesmo, assinalar a contradição da coisa julgada com a revisão criminal, dado que é atacável a entrega da prestação jurisdicional, materializada, segundo a pretensão punitiva. O "habeas-corpus", sem a profundidade da revisão criminal, porém em procedimento de suma celeridade, fere, também, o princípio de intangibilidade da coisa julgada.

De consequência, a revisão criminal derroga o princípio da coisa julgada. Em outras palavras, não há falar-se, no campo do Pro-

cesso Penal, em coisa julgada contra o sujeito passivo da relação processual executória.

Em princípio, a *Verdade Real* estaria a informar a reabertura de processo ou instauração de novo processo, coisa julgada formal e coisa julgada material respectivamente. A revisão criminal impor-se-ia nas situações em que a verdade do processo não encontrasse correspondência na realidade subjacente, por qualquer manifestação de atividade dos sujeitos da relação processual.

Mas, falando-se em Verdade Real, princípio que instrui, entre nós, a produção probatória (art. 155, C.P.P.), fortalecido, ainda, pela regra da livre apreciação da prova (art. 157, CPP) como negar que a proibição da revisão *pro societate* é a mais clara afirmação da Verdade Formal? A verdade do processo? Mais um exemplo de exceção ao princípio da Verdade Real, respeitando-se, no entanto, casos de decisões absolutórias, a coisa julgada em sua plenitude, regra que é da qualidade dos efeitos dos atos sentenciais.

A revisão criminal, em favor do condenado, se proclama o princípio da Verdade Real, nega, por outra parte, os postulados da coisa julgada, qualidade inerente à prestação jurisdicional.

A rescisória criminal, não incidente quando reconhecido o jus libertatis do acusado, respeitando a coisa julgada, despreza, porém, a Verdade Real no Processo Penal.

4. REVISÃO DE DECISÃO ABSOLUTÓRIA E DECISÃO PRO SOCIETATE

É da tradição brasileira a revisão somente contra sentença condenatória. As Constituições de 1891, art. 81; 1934, art. 76, nº 3 e de 1946, art. 101, inc. IV, disciplinando a matéria, o fazia em termos a excluir qualquer forma de legitimidade à acusação para instaurar o juízo revisional contra a pretensão do réu.

Havia, portanto, para o legislador ordinário, o obstáculo constitucional.

As constituições de 1967, art. 114 e a de 1969, art. 119, nº I, letra "m" acabaram por excluir, em relação às redações anteriores a expressão "em benefício dos condenados", limitando-se a estabelecer: "Compete ao Supremo Tribunal Federal: as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados".

Com efeito, o legislador constitucional deixou no Código de Processo Penal a faculdade da reforma, que, por seu ineditismo e consequência, repercutiria como uma das mais revolucionárias medidas legislativas tomadas, entre nós.

Na revisão *pro reo* ou *pro societate* vem à tona o embate das escolas penais. Os clássicos, com o grande Carrara à frente; o positivismo, sustentado por Ferri, Garofalo e tantos outros. Os primeiros, aferrados à restrição de revisão; os últimos, pugnando pela sua extenção aos casos de encerramento do processo, com a vitória da pretensão do réu (12).

A título de ilustração, apenas, vamos transcrever a pesquisa de Jorge Alberto Romeiro sobre as legislações que adotaram a revisão *pro societate:* 1) Código de Processo Penal Alemão atualizado em 1/5/60, Alemanha Ocidental, § 362; norueguês, de 1/7/1887, § 415; Lei Federal de Processo Penal Suiço, 15/6/34, art. 229 (salvo os cantões de Nidwald, Valais, Vaud e Genève); Lei Processual sueca de 18/7/1942, posta em vigor em 1/1/1948, cap. 58, § 3º; Código de Processo Penal Húngaro de 1951, alterado em 1954 e 1957, §§ 213 e 214; Alemão para a zona leste, § 317; Iuguslavo, posto em vigor a 1/1/1954, § 379; tcheoslovaco de 19/12/1956 que vigorou até 1961; austríaco, de 20/4/1960, § 355; russo, de 27/10/1960, artigos 373 e 380.

O Código de Processo Penal Português, com parcimonia. O italiano, quando extinta a punibilidade por morte do agente e se comprova que está vivo (13).

No Brasil, um dos arautos da revisão criminal pro societate foi João Vieira de Araújo, positivista, autor que chegou a escrever dois anteprojetos de Código Penal para substituir a legislação de 1890 (14).

Niceto Alcalá — Zamora Y Castillo, fora do positivismo, defendia em trabalhos de 1944 (15) a revisão das sentenças absolutórias.

Em Congresso do Ministério Fluminense, realizado em Nova Friburgo, discutiu-se a matéria, na tese do Promotor Evandro Barbosa Steele (16).

O Projeto Frederico Marques, contudo, mantém a linha da tradição brasileira. Revisão, nas decisões condenatórias (art. 563). Como os dois anteprojetos, do mesmo autor. O anteprojeto Tornaghi não poderia ser diferente, dado que fora elaborado na vigência da Carta de 1946.

5. DO PEDIDO REVISIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A rescisão do título Penal executório far-se-ia pelo art. 800, do anteprojeto, de 29/6/70, através de ação tendo a instaurá-la pedido do Ministério Público, assim como vinha prevista a ação penal revocatória, quando cabível.

O Projeto 633/75, todavia, num retrocesso incompatível com o tratamento que dispensou ao Ministério Público, no interesse da mais

justa composição da lide penal afasta da instituição a titularidade da ação revisional, tirando-lhe, ainda, a iniciativa da ação penal revocatória, rebatizada como *revisão especial (artigos* 752 a 754).

O anteprojeto, sem dúvida ampliando e facilitando os meios de impugnação às decisões que se traduzem em erro jurídico, incorporava lições, que nos vinha das Constituições Federais de 1891 e 1934, corpos legislativos que inseriam em seus contextos a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação penal revisional.

A primeira, pelo seu art. 81, § 1°, legitimava qualquer do povo, o *Procurador Geral da República,* além do requerimento ex-officio. Pela segunda, art. 76, n°, 3, prescrevia-se a titularidade da revisão criminal, atribuível ao Ministério Público e a qualquer do povo.

A legislação em vigor, embora aceitando o "jus postulandi" do próprio condenado, sem capacitação profissional, não estende a qualquer do povo o exercício da ação revisional. De igual forma o projeto 633, tolheu o acesso do Ministério Público, como autor, à instância revisional, sobre constituir prejuízo à liberdade do cidadão, principalmente os de parca economia e de reduzido desenvolvimento intelectual, atenta, e profundamente, contra o princípio da Verdade Real, posto que esse órgão, como o afirmara no IV Congresso Latino Americano, realizado em Brasília, em 1972, o Procurador Geral de Portugal, *é o Paladino da Verdade Real.*

Melhor esclarecendo, a exclusão do Ministério Público da iniciativa da revisão é desconhecer a significação e natureza desta instituição dentro do Processo Penal. Reconhecem-lhe a mais ampla legitimidade na ação de habeas-corpus, artigos 654 e 764, do Código em vigor e do Projeto, respectivamente. Não se atentou para as consequências, que muitas vezes advém da procedência de um pedido revisional

5.1. *Do Ministério Público*

Tendo-se em vista a natureza e significação do Ministério Público fácil é surpreender o equívoco em que incorreram os revisores do anteprojeto, que o excluira do polo positivo da relação processual revisional.

O Ministério Público é "Órgão de Justiça" escreve Petrocelli. Tudo se poderá fazer no estágio atual da civilização e dos ordenamentos jurídicos, menos impedir que o M.P., no momento de proferir o seu parecer sobre a imputação posta em juízo, declare, se foi esta a verdade, que o acusado é inocente (17). Ainda do sul da Europa vem-nos o magistério de Jorge de Figueiredo Dias: "O principal conteúdo de sentido que se retira da caracterização do MP como órgão de ad-

ministração da Justiça é assim a sua incondicional submissão aos valores da descoberta da verdade e da realização da justiça, daqui decorrendo *a exigência de que, em todas as suas intervenções no processo penal, obedeça a critério de estrita objetividade jurídica*".

O Ministério Público, assinala João Lopes Guimarães, é, por excelência, um órgão fiscalizador; tem por função primordial a fiscalização do exato cumprimento das leis. Por isso mesmo, no processo penal, não é parte na relação jurídico-material, mas é parte na relação jurídico processual (18). A condenação a que enseja a revisão criminal, decorre de decisão afrontosa à lei. "Embora seja basicamente órgão acusador, não lhe é defeso em casos estritos, se a inocência resultar extreme de qualquer dúvida, opinar pela absolvição" é a observação de Waldemir Oliveira Lins (18).

Para encurtar a dissertação, acerca do Ministério Público, como força dinâmica na relação processual, convém lembrada a passagem de Jacyr Villar de Oliveira: "Daí se ajustar ao órgão, no magistério de Calamandrei, a *denominação Promotor iustitiae*", com que se designa no processo canônico ao órgão análogo" (20).

O Ministério Público, como "órgão de Justiça", "paladino da verdade real" deve ser investido da *legitimatio ad causam* para a instauração do juízo revisional.

"Sujeito passivo do pedido de revisão é o Estado-Administração, representado pelo Ministério Público", como diz Frederico Marques, em obra já citada, haurindo, no entanto, seu ensinamento, em Jorge Americano, a propósito de ação rescisória (21). A conclusão daria a visão necessária da oportunidade de se estender ao MP o exercício da ação revisional, dado que o Código de Processo Civil, investe o órgão da titularidade da rescisória, art. 487, inc. III. Sua posição bifásica, ou de *parte* apenas no sentido formal explicaria a legitimidade sua para a propositura da ação pleiteada.

Incorre-se em incoerência, no Projeto, do momento em que se conservou a posição da instituição em relação ao "habeas-corpus" (art. 764). Pode-se argumentar o quanto queira sobre o "habeas-corpus", que não supera a profundidade da situação de alguém carente de revisão em processo no qual vira-se condenado.

Observação de suma gravidade se impõe. Dos inúmeros casos de revisão com que defrontamos referiam-se à sentenças condenatórias, com trânsito em julgado, sem que em favor do agente, ainda acusado, ocorresse o exercício das vias recursais. Decisões injustas pela omissão de formalidades essenciais, como as necessárias à perfeição do contraditório; condenações, com insuficiência de provas ou com penas exacerbadas e, muitas vezes, além de exacerbadas, carentes da fundamentação de que fala o art. 42, do Código Penal. Fragilidade de defesa.

Interessante, ainda, recordar-se a posição convergente do MP, no seu IV Congresso Nacional, realizado em Uberlândia, no sentido de que não apenas o Código de Processo Penal, em vigor, comporta a exegese do recurso do MP em favor do réu, (22) como emenda, na Câmara Federal, baseada em tese de Ruy Barbosa Correa Filho (22), legitimando o MP ao recurso contra decisões condenatórias.

A Procuradoria Geral da Justiça de Goiás aprovou sugestões ao Congresso Nacional, visando o retorno, ao projeto, da revisão criminal, por iniciativa do MP (24).

A revisão criminal, deferida sua iniciativa também ao Ministério Público, evitaria situações incômodas como as de ver-se membros da instituição às voltas com profissionais para obter a reparação de erros judiciários ou, mesmo, redigindo petições para condenados assinarem, dado que onde houver uma injustiça deve estar o Ministério Público.

Dê-se-lhe, então, o instrumental da lei para que opere com mais amplitude, no interesse não apenas do sentenciado mas, principalmente, do corpo social, que vê, na correção de uma injustiça a segurança da Justiça, que deve tutelar seus direitos.

6. CONCLUSÃO

O futuro Código de Processo Penal, que deverá, com as emendas recebidas, resultar do Projeto de autoria do eminente Prof. José Frederico Marques, conterá a revisão criminal, por iniciativa do Ministério Público, como o fazia o Anteprojeto de 29/06/70, pelos arts. 800 a 802, o que incluiria a revisão especial.

BIBLIOGRAFIA

1) Giosepe Chiovenda — Instituições de Processo Civil.

2) Galdino Siqueira — Curso de Processo Penal.

3) José Frederico Marques — Elementos de Direito Processual Penal — IV.

4) Pontes de Miranda — Comentários à Constituição de 1941, arts. 73 a 128.

5) Fernando da Costa Tourinho Filho — Processo Penal — 4.

6) José Frederico Marques — Elementos de Direito Processual Penal — III.

7) Eduardo J. Couture — Fundamentos do Direito Processual Civil.

8) J. F. Marques, ob. cit.

9) Paula Batista — Teoria e Prática de Processo.

10) Hugo Rocco — Trattato di Diritto Processuale Civile, "apud" Frederico Marques — Elem. de Dir. Proc. Pen. III.

11) F. C. Tourinho Filho — ob. cit.

12) Florencio de Abreu — Comentários ao Código de Processo Penal.

13) Jorge Alberto Romeiro — Da Revisão.

14) João Vieira de Araújo — A Revisão dos Processos Criminais — 1899.

15) Alcalá — Zamora Y Castillo — Ensayos de Derecho Processual, 19.

16) Evandro Barbosa Steele — Justitia — 83 — Revisão Criminal "pro societate."

17) Biagio Petrocelli — Justitia — 61. O Ministério Público "Órgão da Justiça".

18) João Lopes Guimarães — A Posição do Ministério Público na Fase Pré-Processual do Projeto do Código de Processo Penal.

19) Waldemir Oliveira Lins — Da Função do Ministério Público na repressão do crime: atribuições, poderes e meios de atuação.

20) Jacyr Villar de Oliveira — O Ministério Público e o Aperfeiçoamento da Tutela Jurisdicional Através do Direito Processual Civil.

21) Jorge Americano — Da Ação Rescisória.

22) Geraldo Batista de Siqueira — Legitimidade Recursal do Ministério Público no Processo Penal.

23) Ruy Barbosa Correa Filho — A Sentença Penal e o Ministério Público.

24) Geraldo B. Siqueira — Contribuição ao Projeto De Lei nº 633 de 1975.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

PROCESSAMENTO OBJETIVO DOS PEDIDOS DE INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA

Octacílio Paula Silva
Promotor Público — Minas Gerais

1 — SENTIDO EVOLUTIVO DA PENA

A pena vem passando, através dos tempos, por nítido processo de abrandamento, de humanização. Na antiguidade predominava a pena corporal, de várias espécies, assumindo, muitas vezes, caráter aviltante. Sem falar nos povos pagãos — cujas práticas punitivas chegavam às raias do absurdo; encontramos mesmo entre os hebreus, povo monoteísta e religioso por excelência, exemplos de penas corporais aplicadas costumeiramente, com base nos livros sagrados (sabendo-se que, àquela época, o direito punitivo confundia-se com a religião, os delitos com os pecados, o juiz com o sacerdote):

> "Se um homem tiver relações carnais com uma mulher que seja escrava e desposada, mas não resgatada, nem posta em liberdade, serão ambos açoitados, e não morrerão, porque ela não era livre" (Lev. 19: 20);

Eis um exemplo da famosa pena de talião — inspiradora de uma das teorias da pena, que atravessou os séculos:

> "Se alguns homens reunirem, e um deles ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, mas ficando ela com vida, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas se se seguiu a morte dela, da-

rá vida por vida. Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura". (Êxodo, 21/22 a 25).

II — PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A PENA

Teorias da *retribuição*, também chamadas *absolutas*, que se baseiam em uma exigência de justiça, fazem da pena instrumento de expiação do crime (punitur quia peccatum est).

Retribuir significa gratificar, premiar; dar em paga ou recompensa. No caso, quer dizer pagar o mal com o mal, o que significa, sob certo aspecto, a extensão do sentido da pena de talião.

Teorias da *prevenção*, indicando a pena como instrumento de defesa social pelo reajustamento do delinquente ao meio social. São fruto sobretudo do positivismo criminológico, e consideram (pelo menos substancial corrente doutrinária) da mesma natureza tanto a pena como a medida de segurança.

Mistas, fruto das lutas entre as duas correntes acima, e que sustentam o caráter *retributivo da pena*, mas juntam a essa função a de *reeducação* e *inocuização do criminoso*. É a posição que tomam geralmente as escolas ecléticas (ANIBAL BRUNO, "Direito Penal", Forense/Rio, 1967, 3a. ed., I/79 e 80).

Nota-se claramente, no desfilar das mais variadas teorias, a tendência no sentido de tornar a pena menos aflitiva, de considerar, mais humanamente, a pessoa do delinquente.

III — ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

Outro setor que tem desafiado a argúcia dos administradores e preocupado os estudiosos, é o das deficiências dos organismos brasileiros de execução das penas.

Deficiências dos estabelecimentos penais, obviamente com honrosas exceções; tratamento ineficaz e até desumano dos detentos, são assuntos que a todo momento estão ocupando as manchetes dos jornais. Promiscuidade nas prisões; prédio inadequados, velhos, estragados, sem as mínimas condições de higiene e conforto; menores em promiscuidade com adultos, em prisões, quase sempre, ilegais; falta de assistência médico-hospitalar e farmacêutica; falta de regular concessão de trabalho aos presos; inaptidão de carcereiros e funcionários que lidam com presos; desonestidade, insensibilidade humana e negligência no dever de encaminhar ou solucionar os problemas dos presos, além dos males físicos (espancamentos), da má alimentação, além

de outros, são alguns dos males afligindo constantemente os nossos presos, notadamente os das cadeias do interior.

IV -- PESQUISA SOBRE INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA

Pesquisando o assunto no ano de 1975, em certa área do Estado de Minas Gerais, o autor do presente trabalho chegou à seguinte e amarga conclusão: *que somente os presos ricos* (assim denominados os que desfrutam de certa condição financeira relativa) *eram regularmente beneficiados pelos decretos presidenciais, anualmente, concedendo indulto e comutação de penas*. Quanto aos *pobres* (que constituem mais de 90% da população carcerária), *ou tinham os respectivos processos* (de indulto ou comutação de pena) *excessivamente atrasados ou eles não eram providenciados*. Por que? por falta de interesse dos órgãos diretamente responsáveis (negligenciando criminosamente o dever funcional) ou por falta de estabelecimento de responsabilidade direta de tais órgãos no encaminhamento dos processos de indulto e de comutação de pena.

Quanto aos presos de melhores condições financeiras, os seus advogados logo interessavam pela medida destinada a beneficiar aos seus clientes. Quanto aos pobres, os seus advogados dativos perdem inteiramente o contato com os sentenciados após a solução dos seus processos. Eles passam a depender, então, da boa vontade e espírito humano de algumas poucas pessoas com que mantêm contato diário ou periódico. Mas na realidade, grande parte deles fica esquecida. E dada a comprovada ignorância da grande maioria dos nossos sentenciados, eles mal conseguem ouvir a notícia, por alto, das medidas que porventura lhes sejam favoráveis, mas não sabem como aproveitá-las, e, às vezes, nem mesmo para quem apelar.

Resultado: o encaminhamento dos processos (pedido e mais certidões carcerárias) ao Conselho Penitenciário sofre atrasos de meses, quando não são encaminhados por esquecimento ou falta de condições.

V — PREJUÍZOS PARA OS COFRES PÚBLICOS

A consequência é lógica e visível: inúmeros presos indultados ou com pena comutada permanecem indefinidamente na cadeia, após terem adquirido direito à liberdade. Os que não tiverem os seus pedidos processados e encaminhados ao Conselho Penitenciário são obrigados a se sujeitarem ao cumprimento do total da pena.

Com esse procedimento ineficiente, onera-se a despesa do Estado, que continua pagando a alimentação aos presos, que, pelo decreto presidencial, já poderiam estar cuidando de sua vida, em liberdade, onerando-se igualmente a comunidade.

VI — MINISTÉRIO PÚBLICO E OS DECRETOS DE INDULTO E COMUTAÇÃO DA PENA

Sensibilizado com as conclusões da pesquisa, o Sr. Procurador Geral do Estado de Minas Gerais — Dr. José Arthur de Carvalho Pereira — fez publicar, por sugestão do autor, a Portaria nº 04, em fins de 1975, repetida neste ano através da Circular nº 05/76, de 26.11.76, determinando as seguintes medidas, a esrem tomadas pelos Promotores de Justiça do Estado:

> "a) verificar junto às cadeias públicas locais os presos beneficiados com indulto e comutação de pena, nos termos do decreto presidencial nº 78.800, de 23 de novembro de 1976 (caso da última Circular);
>
> b) apurar se os expedientes necessários a óbtenção dos benefícios já foram ou estão sendo providenciados;
>
> c) requisitar, se for o caso, certidões junto aos presídios, providenciar e encaminhar o expediente ao Conselho Penitenciário do Estado, para os fins de direito".

VII — CONGESTIONAMENTO DO CONSELHO PENITENCIÁRIO POR ACÚMULO DE SERVIÇOS

Os resultados foram benéficos no âmbito do Ministério Público — servindo inclusive para despertar, em nós, o dever funcional e humanitário pelos pobres detentos, cujos problemas e dificuldades devem estar sempre presente em nossas cogitações. Serviram também, com certeza, para levar aos humildes presos um pouco de conforto e esperança, em sua condição de quase abandono e desesperança.

Mas a medida serviu para comprovar outra realidade negativa em torno do nosso sistema: o acúmulo de serviço no Conselho Penitenciário, órgão que, no caso e de acordo com os decretos presidenciais a respeito, encarrega-se de dar parecer sobre a concessão de indultos e comutações de pena.

No caso de Minas, muito embora se lhe deva, por justiça, creditar o esforço, a capacidade e honradez dos componentes do Conselho, este não está tendo condições de atender ao número de feitos que anualmente, lhe é encaminhado para parecer, pelo pequeno número dos conselheiros, pela má remuneração e por falta de condições de trabalho. Acresce ainda que os Colegiados desta natureza têm, além destas, outras importantes atribuições não menos trabalhosas.

O problema do acúmulo de serviço — situação que reflete também o que ocorre em outras Unidades da Federação Brasileira, tal-

vez por um dos males do século — deve ser *enfrentado* ou *contornado*, desde que de maneira a não prejudicar as altas finalidades dos institutos do indulto e da comutação de pena.

Enfrentado, dando-se aparelhamento adequado aos Conselhos Penitenciários, solução mais difícil, porque cai na gama de problemas generalizados de caráter administrativo, apresentando, a cada momento, novos e ingentes desafios aos administradores.

Contornado, evitando-se o encaminhamento dos expedientes e processos (pois os processos criminais são requisitados para estudo, o que demanda mais tempo) aos Conselhos, antes da decisão judicial, concedendo ou não a medida pretendida pelo sentenciado.

Se este caminho é o mais eficaz e se a medida é jurídica, é o que veremos adiante.

VIII — NECESSIDADE E OPORTUNIDADE DOS PARECERES DO CONSELHO PENITENCIÁRIO NOS PROCESSOS DE INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA

Perguntam-se: é necessidade imperiosa a audiência antecipada dos Conselhos Penitenciários para a concessão das medidas indicadas? A não observância de tal procedimento é inconstitucional ou ilegal? Poder-se-á dispensar tal audiência antecipada, como medida prática para atingir as finalidades dos institutos beneficiadores dos sentenciados? Poder-se-á ouvir os Conselhos *ad referendum*, ou seja, posteriormente à concessão dos indultos e das comutações de pena? É o que trataremos no item seguinte.

IX — JURIDICIDADE DO SISTEMA DE CONCESSÃO DE INDULTO E DE COMUTAÇÃO DE PENA

O Art. 741 do C.P.P. — que cuida do indulto — não exige o parecer antecipado do Conselho Penitenciário. Faz referência apenas ao Art. 738 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

> "Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena".

O Código exige o parecer do Conselho Penitenciário apenas para a concessão da *graça*, conforme consta expressamente dos Arts. 735 a 737.

Os Decretos Presidenciais é que passaram a introduzir, nos seus textos e de maneira reiterada, a exigência da audiência prévia do Conselho Penitenciário, vasada, quase sempre, nos seguintes termos:

> "Caberá aos Conselhos Penietenciários, de ofício ou por provocação dos interessados, verificar quais os condenados portadores dos requisitos estabelecidos por este Decreto, emitindo desde logo parecer, nos termos do Art. 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao Juiz da Execução, para os fins dos arts. 738 e 741 do mesmo Código" (Dec. 76.550, de 5.11.75, Art. 6º).

Como se vê, tais decretos estabelecem exclusividade dos Conselhos Penitenciários para processar e verificar os requisitos de obtenção dos benefícios em questão. O que a lei processual penal não prevê.

Dentro da hierarquia dos atos normativos, é flagrante a inferioridade e a dependência do *decreto* à *lei;* Doutrina ELY LOPES MEIRELLES que, comumente, o decreto é *normativo* e *geral,* podendo ser *específico* ou *individual*. "Como ato administrativo o decreto está sempre em situação inferior à da lei, e, por isso mesmo, não a pode contrariar" ("Dir. Administrativo Brasileiro", 4a. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, SP/1976).

A Constituição de 1937 não tratava do *indulto* e da *comutação de pena*. Fazia apenas referência à prerrogativa do Presidente da República de "exercer o direito de graça" (Art. 75, letra "f").

As Constituições de 1946 e 1967 introduziram os institutos no seu seio das atribuições do Presidente da República, com a seguinte frase:

> "Conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei" (arts. 87 e 83, respectivamente).

Os "órgãos instituídos em lei" poderiam ser o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, órgãos tipicamente opinantes. E até aí (até 1967) ainda se podia falar em exigência constitucional, embora sem que a lei específica (ou os dispositivos específicos da lei processual penal) o exigisse.

Mas acontece que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em boa hora, modificou a frase, estabelecendo apenas o direito de:

> "conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei" (Art. 81, item XXII).

Portanto não há necessidade de submeter-se o processo de indulto e de comutação de pena, antecipadamente, aos Conselhos Penitenciários, primeiro porque a Constituição não exige; segundo, por-

que a lei não o prevê, e "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"(Art. 153, § 2º, CF/1969).

O Projeto de Lei do Poder Executivo instituindo o Novo Código de Processo Penal, quando aprovado, fulminará qualquer dúvida porventura restante em torno do assunto. Primeiro o Projeto dá à *graça* o nome de *indulto individual;* após, regula, de maneira simples e taxativa, o *indulto coletivo,* nos seguintes termos:

> *Art. 916* — "Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior";
>
> *Art. 915* — "Concedido o indulto e anexado aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena, ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação" (Projeto-de-lei nº 633/75, Mensagem nº 159/75, do Poder Executivo).

Como se vê, é espírito do legislador evitar maiores burocracias, eliminar possíveis entraves aos elevados objetivos dos institutos abordados, que, para serem eficazes, deverão ter aplicação imediata. Quanto aos decretos estaduais organizando os Conselhos (nº 16.912, de 8.1.75, em Minas) disporem sobre sua competência é irrelevante, pois são inconstitucionais naquilo que colida com as normas acima indicadas.

X — IMPORTANTE MISSÃO DOS CONSELHOS PENITENCIÁRIOS. DOS ÓRGÃOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS DIRETORES E FUNCIONÁRIOS DOS PRESÍDIOS

Longe de se querer, neste modesto trabalho, desautorizar ou menosprezar a ação sempre eficiente, capaz e até sacrificada dos Egrégios Conselhos Penitenciários.

O que há é necessidade de *descentralizar* o sistema, porquanto, com a sua centralização em torno dos Conselhos, estes, acumulados de serviço e por isso até sacrificados, não conseguem resolver o problema

Não se combate a iniciativa e o parecer dos Conselhos, nos casos dos presos recolhidos em penitenciárias, podendo, nesses casos, a iniciativa ser também dos diretores de tais estabelecimentos.

O que não pode continuar é o entendimento de que há exclusividade dos Conselhos para verificarem quais os sentenciados portadores dos requisitos que os habilitam a obterem os benefícios dos indultos e das comutações de pena.

Estes requisitos já vêm expressos nos decretos presidenciais, não demandando maiores indagações.

Repita-se que, com referência aos presos recolhidos em penitenciárias, não se condena a ação dos Conselhos, que são até salutares, notadamente no que se refere à iniciativa dos expedientes necessários, quando não tomada pelos diretores dos estabelecimentos prisionais, muito embora a iniciativa dos Conselhos demande um serviço de controle estatístico quase perfeito.

Quanto aos sentenciados que cumprem pena nas Comarcas (por várias razões e que são muitos) é que a ação burocratizante da remessa dos expedientes e dos processos aos Conselhos torna-se mais danosa.

Quanto à análise dos documentos (certidões de comportamento carcerário ou vida prisional dos sentenciados) que acompanham os pedidos e demais requisitos dos decretos presidenciais, afora a decisão judicial, poderão ficar a cargo do Representante do MP de cada Comarca, o qual, aliás, já opina conjuntamente (ou após) os Conselhos Penitenciários.

Como já se disse, o assunto não requer maiores indagações. Além disso, os Promotores e Juízes, no caso das Comarcas do interior, estão em contato mais direto com os presos, e, portanto, com maior conhecimento de causa para opinar e decidir.

Não são os Promotores e Juízes que denunciam e que aplicam as penas, respectivamente? Como não podem opinar e decidir quanto à extinção ou redução dessas mesmas penas, ainda mais quando já decretada pelo órgão máximo do Executivo Federal? Quem pode o mais, pode o menos!

O que há é confusão entre dois institutos diversos, *graça* e *indulto*, o que vem ocasionando abarrotamento de serviço nos Conselhos Penitenciários.

Com referência à primeira, instituto individual e de livre iniciativa de qualquer sentenciado, é claro que deve haver exames detidos e estudo criterioso dos Conselhos (segundo exigência legal), pois a medida é concedida em caráter excepcional. Quanto ao *indulto*, a coisa é diferente: medida coletiva, de âmbito geral e indiscriminado, desde que atendidos determinados requisitos expressos.

XI — CONCLUSÕES

Num gesto de sincera homenagem e admiração às dignas representações dos outros Estados aqui presentes, em singela manifestação de reconhecimento ao povo pernambucano e da progressista

cidade do Recife, este modesto Representante do MP de Minas, através da presente tese, toma a liberdade de submeter aos eméritos componentes da Egrégia Comissão designada para analisá-la e relatá-la, e aos eminentes colegas participantes do V Congresso Nacional do Ministério Público as seguintes proposições, a título de *conclusões:*

1a. Recomendar aos órgãos diretivos dos Ministérios Públicos estaduais para que instruam os Srs. Promotores Públicos (ou de Justiça), no sentido de que os pedidos de *indulto* e *comutação de pena,* devidamente instruídos, sejam encaminhados diretamente aos Srs. Juízes competentes para processá-los e julgá-los, nos termos da legislação processual penal em vigor;

2a. Recomendar igualmente aos referidos órgãos do Ministério Público, para que instruam os seus membros no sentido de levantarem, se necessário, a inconstitucionalidade da exigência de parecer prévio dos Conselhos Penitenciários, nos casos de resistência às inovações preconizadas no item primeiro acima;

3a. Proposição dirigida ao Sr. Ministro da Justiça e ao Sr. Chefe da Casa Civil da Presidência da República (enviando cópia da presente tese), ponderando, "data venia", a necessidade de, no futuro, excluir a exigência da audiência antecipada dos Conselhos Penitenciários, para as concessões de *indulto* e *comutação de pena.*

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O INQUÉRITO POLICIAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA E SEU DESTINO, NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Maurílio Moreira Leite
Promotor Público

SUMÁRIO:

1) O Ministério Público como titular da pretensão punitiva do Estado. A ação penal pública como regra geral. 2) Excepcionalidade da ação penal privada. Necessidade da fiscalização, por parte do Ministério Público, dos crimes apresentados como de alçada privada, na fase do inquérito policial. Inconveniência da presença do juiz naquela fase. 3) Efeito suspensivo do prazo para oferecimento da queixa. 4)Redação proposta aos artigos 251 e 256, do Projeto.

1) O processo, como forma de realização da justiça, é conseqüência mediata da intervenção do Estado, em tempos remotos, na resolução dos conflitos de interesses, tendo por finalidade preservar a paz social, condição indispensável à sua própria sobrevivência. Ao ato praticado, classificado como infração penal, ele retribui com a aplicação da pena, meio disciplinador daquela conduta de rebeldia às regras instituídas em defesa dos interesses da vida em comum. Contudo, não aplicando a pena diretamente, mas sim por via indireta, ou seja, por meio do processo, em atenção a direitos individuais que ele próprio procurou resguardar, é indispensável, além da atividade jurisdicional, a existência de outra, tornando possível a concretização, "in judicio", da pretensão punitiva do Estado. Justamente, a representação da pretensão punitiva do Estado é a princi-

pal atividade do Ministério Público, no campo penal. É possível afirmar, em conseqüência, que a pretensão punitiva do Estado, exercida pelo Ministério Público, e a jurisdição, sob a responsabilidade do Poder Judiciário, são atividades emanadas do poder soberano do Estado, forjadas no mesmo momento histórico, em decorrência da mesma necessidade e finalidade.

Por força de disposição legal, cabe ao Ministério Público o exercício da ação penal pública, conforme estabelecido no artigo 102, do Código Penal e 24, do Código de Processo Penal. Tais disposições foram repetidas no artigo 101, do novo diploma penal, em fase de "vacatio legis" (Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969) e artigo 91, do Projeto de Código de Processo Penal.

Porém, indispensável se torna que a pretensão punitiva, a ser materializada com o exercício do direito de ação, apresente-se embasada em elementos probatórios de certa idoneidade, nos quais estejam claros a ocorrência de uma conduta delituosa e quem seja seu autor. Caso contrário, aquela atividade apresentar-se-ia como ato de puro arbítrio. Em suma, como corolário da pretensão punitiva do Estado surge o interesse de agir, como condicionante ao exercício do direito de ação. E o meio adequado, de maior utilização, para demonstração daquele interesse, e o inquérito policial, conceituado por José Frederico Marques como "procedimento administrativo persecutório de instrução provisória destinado a preparação da ação penal" (1). Assim, a polícia, no seu mister persecutório pré-processual, é auxiliar direto do Ministério Público, tendo em vista os fins a que se destina o inquérito: tornar possível a "persecutio criminis in judicio". Esta forma de apuração inicial do fato tido por delituoso e respectiva autoria, surgiu com a lei nº 2.033, de 20 de outubro de 1871, dispondo no seu artigo 10, § 1º: "Para a formação da culpa nos crimes comuns, as mesmas autoridades policiais deverão, em seus respectivos distritos, proceder às diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos e suas circunstâncias, e transmitir aos Promotores Públicos, com os autos de corpo de delito e indicação das testemunhas mais idôneas, todos os esclarecimentos coligidos". De se notar a destinação específica daquelas investigações. Contudo, foi com o Decreto nº 4.824, de 22 de novembro daquele ano que, pela primeira vez, a expressão "inquérito policial" foi utilizada: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias ao descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; deve ser reduzido a instrumento escrito" (artigo 42). Este decreto, ao regular a aplicação da Lei nº 2.033, de 20 de outubro de 1871, modificou o que lá se encontrava determinado, no sentido da remessa do inquérito diretamente ao Promotor Público, impondo, com seu artigo 6º, o encaminhamento por intermédio do Juiz Municipal. Este caminho transverso até hoje se mantém, porquanto, face o artigo 23, do Código de Processo Pe-

nal, ele é remetido ao juiz competente, somente chegando ao Promotor Público após o clássico despacho "Vista ao Ministério Público". Mas, nem por isso o Ministério Público se vê na obrigatoriedade de iniciar a ação penal, pois, como titular da pretensão punitiva do Estado, lhe cabe um poder discricionário de examinar o que foi apurado no inquérito, ou em qualquer peça de informação, decidindo acerca da existência, ou não de conduta punível. O objetivo da investigação "é a obtenção de dados informativos para que o órgão da acusação verifique se deve ou não propor a ação". (2) Neste sentido o estatuido no artigo 28, do Código de Processo Penal: "Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender". "Como bem esclarece Massari, o Ministério Público não pode e não deve fazer obra de perseguição contra pessoas que tem como inocentes: isto, porém, não significa que ele deixe de ser titular de um direito público subjetivo do Estado, qual o direito de punir. Nenhum órgão estatal pode, em qualquer das múltiplas atividades administrativas, assumir, por vontade da lei, atividades vexatórias; é, consequentemente, não é tolerável que a pretensão punitiva do Estado possa ser entendida como um direito de perseguir o inocente" (3). Por outro lado, concluindo o órgão do Ministério Público que o inquérito não se encontra suficientemente instruído para formar a "opinio delicti" (suspeita do crime), poderá requerer devolução à origem para as diligências que julgar imprescindíveis, cuja oportunidade e necessidade a ninguém é dado sopesar. "Só o Ministério Público cabe dizer da utilidade ou não, dessas diligências, sendo assim nem ao juiz será dado indeferir o pedido a elas pertinentes" (4).

Do exposto, facilmente chega-se as seguintes conclusões: 1) o inquérito policial é forma de apuração circunstanciada das infrações penais e seus autores, a permitir o exercício, pelo Ministério Público, da ação penal pública. 2) Ao Ministério Público cabe, com exclusividade e independência, tomar as providências pertinentes à espécie: oferecer denúncia, requerer diligências ou arquivamento.

No projeto de Código de Processo Penal, artigos 252, 259 e 260, foi mantido o inquérito policial, com as mesmas características, com a única diferença que será remetido diretamente ao Ministério Público, aliás, como já fora determinado em 1871, na Lei 2.033, de 20 de setembro, em cuja esfera de atividade permanecerá até a deflagração da ação penal, ou for arquivado. Longe de se constituir em inovação, tal disciplinamento nada mais fez do que manter o sistema vigente, excluindo, tão somente, a atividade do juiz que, sem

qualquer poder de disposição, assume na atual fase pré-processual a posição de espectador inerte, cujo desempenho é limitado aos despachos de mero impulsionamento.

2) Excepcionando o caráter publicista da ação penal aparece a de alçada privada, na qual o ofendido, ou seu representante legal, por substituição processual, defende, em nome próprio, interesse alheio. Também para esse caso o inquérito policial é o mais adequado à colheita inicial dos elementos probatórios que servirão de base ao ajuizamento da queixa. Segundo o contido no artigo 19, do Código de Processo Penal, "nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juizo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado". Na sistemática atual, em geral, todos os inquéritos policiais, quer destinados a apuração de infração de ação pública, quer requeridos pelo ofendido, em decorrência de infração de ação privada, são remetidos ao juízo competente onde, sem qualquer análise prévia, vão à Promotoria Pública. A triagem é realizada após manifestação do Representante do Ministério Público. Este modo de agir, abertura de vista ao Promotor Público de todos os inquéritos remetidos ao Forum, não decorre, convém salientar, de expressa determinação legal, mas do reconhecimento de que o Ministério Público é o titular da pretensão punitiva do Estado não devendo desconhecer, na fase pré-processual, toda e qualquer notícia vinculada ao direito de punir. As dissonâncias decorrentes dessa maneira de proceder encontram, na prática, soluções perfeitamente exequíveis. Assim, se em determinado inquérito, iniciado à requerimento do ofendido, o Promotor Público, oferecer denúncia, por entender que o caso é de ação pública, o juiz poderá deixar de receber aquela peça inaugural por ilegitimidade de parte (art. 43, item III, primeira parte, do Código de Processo Penal). Contra essa decisão poderá ser interposto recurso em sentido estrito (artigo 581, item I, do Código de Processo Penal). Ou, em hipótese inversa, quando o Promotor Público entender, diferentemente do Juiz, ser caso de ação privada, a solução do impasse estaria na aplicação analógica do disposto no artigo 28, da Lei Processual Penal.

O projeto de Código de Processo Penal, no concernente aos crimes de ação penal privada, manteve a redação do atual Código de Processo Penal, constante do seu artigo 19, pelo qual eles serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou seu representante legal (artigo 251, parágrafo único do projeto). Ante a relevância de tal assunto, dizendo respeito ao "jus puniendi" do Estado, nos parece inviável que ele continue a ser regulado com tanta timidez e parcimônia. É evidente que tais inquéritos, rotulados como noticiadores de crimes de ação penal privada, devem ser fiscalizados com eficiência, para não ficar aquela classificação sob o encargo do ofendido, ou seu representante legal, e da

autoridade policial. Quem dirá que o caso, realmente é de ação penal privada? Não poderá ter ocorrido a hipótese de ação penal em crime complexo? Não poderá ter havido engano entre crime de ação penal privada com crime de ação penal pública condicionada? Ou mesmo com crime de ação penal pública? E se tiver acontecido concurso material, sendo uma das condutas delituosas perseguível por ação penal pública? Esse controle deve ser disciplinado expressamente na legislação específica, já no estágio preambular do processo, de forma a não dar margem a interpretações dúbias, suscetíveis de enfraquecer o desempenho repressor do Estado. Para tal mister é o Juiz a pessoa menos indicada, pois entre os princípios que nortearam o projeto de Código de Processo Penal, constou o da "supressão do inquisitorialismo judiciário", visando colocá-lo no seu lugar devido, ou seja, o de julgador imparcial, equidistante dos interesses borbulhantes, muitas vezes apaixonantes, existentes na fase pré-processual, afastando-o de "apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes seja possível uma exata visão do conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas" (5). Ou como acentuou: *E. Schmidt* "só um juiz dotado da capacidade supra humana poderia libertar-se, em sua atividade decisória, dos influxos subjetivos de sua atuação agressiva e investigatória". " Nenhuma outra função, que não de natureza judicial pode ser imposta aos juizes", afirma Thomaz Cooley (6). Para atingir seu desiderato, neste particular, o projeto eliminou qualquer procedimento de ofício, bem como lhe tirou o poder para requisitar a instauração de inquérito policial, e mesmo receber a "informatio deliciti". Como facilmente se pode concluir, o juiz, em atendimento àquele princípio orientador, não deve se imiscuir com problemas de persecução penal pré-processual, que, com tanta acuidade o projeto procurou afastá-lo. Nenhum outro órgão, a não ser o Ministério Público, apresenta condições ideais para o desempenho daquela fiscalização, pois, ainda dentro do campo de sua atividade específica. Além disso, dois princípios, que regeram o projeto, seriam atendidos: o já citado — "supressão do inquisitorialismo judiciário", e o do "fortalecimento do Ministério Público". Neste segundo aspecto ressalta a importância daquela atividade, por parte do Ministério Público, pois ele não pode, e não deve, desconhecer a ocorrência de fatos delituosos, mesmo quando rotulados como de ação penal privada. A comprovação de tal nuança deve sujeitar-se à sua fiscalização, pois em jogo interesse que lhe é dado resguardar, e até mesmo motivam sua própria razão de existir.

Poder-se-ia objetar que essa atividade pleiteada para o Ministério Público, na fase pré-processual, poderá ser desempenhada, no curso da ação penal privada, face o disposto no artigo 268, parágrafos 2° e 3°, do projeto de Código de Processo Penal. Tal ordenamento, porém, não resolve com inelutável premência as dúvidas que possam surgir acerca do tipo de ação aplicável a determinado caso con-

creto, pois cogitável, somente, no curso do processo, suscetível, inclusive, de gerar verdadeiro tumulto processual. E se a ação penal não for intentada? O enfoque do problema ficaria transferido para quando decretada a extinção da punibilidade, em decorrência da decadência do direito de queixa, pois desta decisão deverá o Ministério Público tomar conhecimento, interpondo recurso, se entender tratar-se de delito perseguível por ação penal pública. Como se vê, sob qualquer ângulo, na solução do problema, apontada pelo projeto, o tempo aparece como fator negativo à rapidez da prestação jurisdicional, meta que também o projeto procurou alcançar.

3) O artigo 105, do Código Penal fixa o prazo para o exercício do direito de queixa, que não é suscetível de prorrogação, interrupção ou suspensão, salvo disposição em contrário. Redação similar encontra-se no artigo 104, do novo Código Penal. O Código de Processo Penal em vigor também trata do assunto com idêntico disciplinamento, consoante se depreende do contido no seu artigo 38. A respeito, preleciona *Basileu Garcia:* "Ressalva-se no art. 105, a possibilidade de disposição expressa estatuindo diferente prazo ou outra maneira de calculá-lo" (7). Assim, é possível que a lei, de maneira expressa, atribua efeito suspensivo ao prazo decadencial levando em consideração determinadas circunstâncias. Depreende-se, da prática, a necessidade da existência daquele efeito porquanto somente poder-se-á falar em perda do direito de queixa quando o prazo estabelecido ficou, em sua total integridade, à disposição do ofendido, ou seu representante legal. E, não é o que ocorre, por exemplo, nos casos de nulidade do processo "ab-initio", por ilegitimidade do Ministério Público, pela conclusão de caber, no caso específico, ação penal privada. Em consequência, a ação não pode ser renovada em virtude da ocorrência da decadência, pois, na maioria das vezes, há muito já defluiu o prazo estabelecido. No entanto, nesta hipótese, a parte interessada não teve a seu dispor a totalidade daquele prazo. E como falar em decadência, pelo não exercício de um direito, em determinado prazo, se, pela ocorrência de alguma circunstância, não atribuível ao seu titular, aquela faculdade não pôde ser exercida? Como considerar fluindo o prazo decadencial se, mesmo querendo, o titular do direito de queixa não pode exercê-lo? Nos parece ser premente a necessidade do efeito suspensivo do prazo decadencial referente ao exercício do direito de queixa, não só para tornar viável um direito reconhecido em favor do ofendido como reforçar o interesse repressivo do Estado, pois a impunidade é sempre exemplo pernicioso.

4) Diante dessas considerações, que procuraram demonstrar ser o assunto de vital importância para o desempenho das atividades fiscalizadoras do Ministério Público, sugerimos que aos artigos 251, parágrafo único e 256, se dê as redações seguintes, e, ao primeiro, seja acrescentado o § 2º e ao outro o item III.

art. 251

§ 1º — Nos crimes em que não couber ação pública, os autos de inquérito permanecerão em cartório, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

§ 2º — Não será computado para o decurso do prazo decadencial o tempo em que o inquérito permanecer sob exame do Ministério Público, ou existir obstáculo, de natureza processual, ao exercício do direito de queixa.

Art. 256 — 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 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 259, § 3º.

CONCLUSÕES

1) Todos os inquéritos policiais, mesmo os iniciados a requerimento do ofendido, ou seu representante legal, devem ser remetidos ao Ministério Público. Sendo constatado, pelo órgão do Ministério Público, tratar-se de inflação perseguível por ação privada, o inquérito ficará a disposição do ofendido, ou seu representante legal.

2) O tempo dispendido pelo Promotor Público para exame do inquérito, e posterior conclusão acerca da privatividade da ação, não será computado para fluência do prazo decadencial. Da mesma forma, se oferecida denúncia, afinal for o processo anulado por ilegitimidade do Ministério Público, visto tratar-se de crime de alçada privada.

3) Caberá ao Promotor Público determinar, ou não a instauração de inquérito policial, para apurar crime de alçada privada, quando indeferido requerimento do ofendido naquele sentido. O Conselho Superior do Ministério Público terá a incumbência de fiscalizar a atividade do Promotor Público no caso de sua concordância com a autoridade policial.

1) Elementos de Direito Processual Penal, vol. 1º, pág. 153, 1ª ed.

2) obra citada, pág. 142.

3) obra citada, vol. 2º, pág. 41.

4) obra citada, vol. 1º, pág. 158.

5) Exposição de Motivos Código de Processo Penal.

6) Princípios Gerais de Direito Constitucional, pág. 53.

7) Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo II, pág. 650 — 4ª ed

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

REFLEXÕES SOBRE A PROVA E O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

VALDIR SZNICK do Minist. Público Paulista. "Ex sententia animi tui esistimare possit".

(Adriano)

"II giurista è uno storico ma spesso uno storico con le mane legate".

(Carneluti)

A expressão hodierna de processo os antigos conheciam-na como Juízo (judicium). Entre os romanos o judicium objetivava tríplice finalidade: potestas constriccionis — poder de constringir; amor justitiae — amor da justiça e ipsa ratio judicii lex veritatis.

O Juiz é uma pessoa extranha ao fato. Faz tornar presente o que é passado. (*) O histórico pode ser testemunha do fato o juiz não. A própria origem do termo processo dá a noção dessa atividade. Procedere: uma coisa que já não existe e fá-la existir; tirar da lei abstrata a concreção. Processo é, portanto, uma mediação (coisas, pessoas) e mais do que a verdade visa a imparcialidade. Daí a pureza dos meios garantir a verdade do processo. A verdade processual é uma verdade humana que pode divergir da real. E isto por vários motivos: o juiz, como pessoa humana, sofre as solicitações normais biopsiquicas da vida: emotivas e de experiência. E, muitas vezes, no erro há, no fundo, uma violação às regras do processo. O juiz, quanto ao fato, é pois um terceiro desinteressado.

Para os antigos, o processo era qualquer coisa de acessório. Na Inglaterra o processo penal é direito da prova. A prova é um meio para se formular um Juízo.

(*) Agradecemos ao prof. De Lucca, professor titular de processo penal da Universidade de Roma com quem dialogamos sobre o tema e a quem devemos muito das expressões aqui referidas.

II — Prova e Juízo — Entre prova e Juízo há uma relação de meio a fim. O processo é um sistema de precaução contra os erros do juiz. Judicium tem sua raiz em jus (direito) e este no verbo jungere, unir. O Juízo é um ato fundamental do direito. Juízo na expressão do prof. De Lucca é sair do conhecido para invadir o desconhecido ("evadere del noto per invadere l'inoto"). É um salto no escuro. O dado fixo é o presente, que oferece a certeza. Com o Juízo se dilata o presente: desvendando um passado e induzindo um futuro (dilucendo un passado e inducendo un futuro).

Que coisa toma lugar do delito? Não o fato histórico que já é exaurido. É o Juízo, que é uma hipótese. E o instrumento desta hipótese é a prova. Prova que é historicamente verificável, pois deixa traços sensíveis. A prova dá a certeza de si e de algo fora de si (a probabilidade). Prova e probabilidade tem a mesma origem etimológica. Prova é então a atribuição a traços sensíveis da probabilidade. Prova é o objeto de que se serve o Juízo em base à experiência. A prova é pois a chave do Juízo.

III — Prova dispositiva — A função do Juízo está em encontrar a espécie (espécie entendida como coisa que cai sob os sentidos, que se vê). A espécie permite dar o salto: reconstruir o passado. A prova é um retrato falado do delito. O conceito de prova é relativo segundo o tipo de processo: dispositivo ou inquisitivo. Atem-se ao fato e à norma, não fugindo à realidade (norma inexistente ou norma não referida). Cabe aqui a peremia latina "Jura novit curia".

No dispositivo, os fatos são tidos conforme as afirmações da parte. Daí surgem regras assentes: o juiz não pode não fundamentar em situação de fato que não seja ao menos afirmado por ambas as partes; o juiz não pode fundamentar um fato que não seja ao menos afirmado por uma das partes. Isto porque o ordenamento jurídico é estimulado por iniciativas opostas das partes, quanto à situação de fato.

A parte tem poder de disposição no que se refere ao material probatório (calando um fato real, ou afirmando um fato irreal, em ambos os casos contrariando a verdade material). Nos fatos controversos (afirmado somente por uma parte) é onde justamente opera a prova. O Juiz não pode utilizar fatos de conhecimentos próprios. O dispositivo é um processo de fixação formal dos fatos (pode alterar ou deformá-lo). Aproveitando a iniciativa da parte — através dos séculos — o fato que surge coincide com o real. Isto como segurança e garantia da pesquisa.

No processo dispositivo a atividade do juiz é dirigida à fixação formal do fato (o fato afirmado mas não provado, não existe). No processo penal, se o Ministério Público não fornece a prova da existência do fato, o juiz pode perquirí-la (exibição de documentos, audição de testemunhas). O princípio do onus da prova, que incum-

be ao órgão da acusação, é corolário do princípio constitucional da presunção de culpabilidade.

A prova no processo dispositivo é usada no procedimento de conhecimento e a consciência da realidade, por vezes, se aproxima e, por vezes, se distancia. No processo dispositivo se identifica com o procedimento de fixação. No processo inquisitivo se avizinha do tipo livre da busca da verdade e se aproxima da verdade material. A confissão, mesma, é um meio de fixação.

IV — Prova e fato — Provar um fato. É correta a afirmação? Se verificarmos na linguagem comum, tem-se que a prova é a verificação da exatidão, é o controle de uma afirmação. É uma hipótese: o tema da prova é a verificação.

O conhecimento não é a prova mas dá existência da prova. A prova não é o fato, mas sim sua afirmação. A prova tem, pois, três momentos lógicos: afirmação de um fato; verificação desse fato; controle da afirmação inicial.

Assim é que a testemunha fornece uma prova do controle do fato: é o passado que se faz presente, vivifica. A impressão digital (e outras perícias) fornecem algo que perdura. O documento tem função de representar um fato. Já o indicio não; é atípico (1) *A eficacia* de um dado é fornecida pela norma de experiência. 1 — Franco Cordero, in "Tre Studi sulle prove penali, Giufré, 1963, escreve que no procedimento probatório os exemplos clássicos são o testemunho e o documento escrito. A doutrina italiana divide as provas em: *históricas*, ou representativas, que é a percepção do objeto e a interpretação do percebido (ato, fato, coisas); prova *critica* que não controla o fato, mas da percepção do fato exprime um juízo, segundo a regra de experiência e da lógica. A perícia seria então, ao mesmo tempo, prova histórica e prova crítica. O indício é uma prova indiciante (parece tautológico): nós é que atribuimos valor ao indício.

V — Prova legal e livre convencimento — Que coisa é hoje o livre convencimento? Um slogan mecânico. Funciona, quando da avaliação das provas o reconhecimento, as suspeições e os indícios. Nas suspeições, por exemplo, falta o confronto probatório.

A prova legal nasceu no processo civil. É um progresso em relação às ordalias ou às usadas no regime romano. E o livre convencimento é um progresso em relação as provas tarifadas. As provas legais faziam do juiz um aplicador mecânico. O próprio juri funcionando apenas com a livre convicção — levou a acabar com a prova legal.

O procedimento probatório é formado de duas fases: na primeira se adquire as provas e, na segunda, se procede à sua avaliação.

O perigo na formação da prova está em que se confunda a liberdade de avaliação (livre convencimento) com a liberdade de aquisição da prova.

Assim, a expressão de Carnelutti citada na introdução tem aqui perfeito cabimento: O jurista é um histórico, mas muitas vezes de mãos atadas.

CONCLUSÕES

1 — Prova é a reconstituição de atos ou fatos, já provados. Nessa função, o juiz é um histórico.

2 — O juiz não pode ignorar fato alegado ao menos por uma das partes.

3 — A liberdade de aquisição de prova é ampla no processo penal, quanto ao julgador que não se cinge às partes.

4 — O livre convencimento se refere não à aquisição mas à avaliação das provas.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

REVISÃO ESPECIAL

Arthur Cogan
Procurador da Justiça — SP

A recente promulgação da lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou dispositivos do Código Penal e do Código do Processo Penal, em nada afetou a tramitação dos projetos dos dois novos estatutos no Congresso Nacional.

Permanece, ainda, a expectativa da reforma dos Códigos Penal e do Processo Penal, justificando, portanto, que se comentem os seus dispositivos, levando-nos a uma análise crítica objetiva do que se entendeu chamar de REVISÃO ESPECIAL.

A REVISÃO

Estudando a revisão criminal anota Ari Azevedo Franco que foi ela "instituída, no Brasil, pelo Decreto nº 847, de 11 de novembro de 1890, sendo mantida pela lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, e como resultante do que dispunha o artigo 81 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, realçando Galdino Siqueira que "veio substituir o antigo recurso de revista, que tinha lugar nos casos de manifesta nulidade das sentenças e injustiça notória das mesmas, e cujo processo vem da lei de 18 de setembro de 1828, Res. de 31 de agosto de 1829, decretos de 9 de novembro de 1830, 20 de setembro de 1833 e 17 de fevereiro de 1838, etc." (1)

"A Constituição da República de 1891", escreve João Mendes Júnior, "criou o recurso de revisão. Os processos findos em matéria criminal poderiam ser revistos, em qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença, compreendendo-se nesta disposição também os processos militares" (2).

Na Constituição Federal de 1969, com a Emenda nº 1, consta que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as revisões criminais de seus julgados (art. 119, I, "m"), o mesmo ocorrendo com o Tribunal Federal de Recursos (art. 122, I, "a").

No atual Código do Processo Penal a revisão está incluída no Título II, do Livro III, "Dos Recursos em Geral", estabelecendo-se, taxativamente, que será admitida "nos processos findos" (art. 621), sendo processada e julgada perante o Tribunal competente para apreciar o feito da qual se originou (art. 624).

Para Vicente de Azevedo "a revisão é, pois, um recurso, ou melhor, uma ação destinada a corrigir a decisão judicial penal de que *já não mais caiba recurso ordinário*. E assim, o ter *a sentença transitado em julgado* constitui condição necessária para o exercício desse remédio salutar e reparador: um pressuposto, como se diz na técnica processual" (3).

Também para Frederico Marques "a revisão criminal não é recurso, e sim, ação penal (ação penal constitutiva), funcionando como equivalente penal da ação rescisória civil" (4). É que, diz o mesmo autor, "em determinados casos e hipóteses, até *a imutabilidade da coisa julgada* pode ser afastada, a fim de que se corrijam erros in judicando ou mesmo in procedendo: é o que ocorre com as sentenças civís anuláveis, em que, mediante ação rescisória, se torna possível desfazer a sentença, desde que se verifiquem os pressupostos exigidos na lei processual" (5).

Já para Magalhães Noronha "a revisão é um recurso misto, e sui generis, muitos lhe negam até a natureza de recurso, afirmando antes a de ação, apontando o fato de ela dar-se *após o processo findo* e admitir-se a produção de novas provas". "Não há dúvidas", diz ainda Noronha, de que ela se aproxima da rescisória, mas difere em seus pressupostos, prazo e processamento. Trata-se, pois, de recurso (muitos o entendem como remédio) de natureza toda peculiar, sui generis, como se disse" (6).

Para Whitaker "a revisão é recurso sui generis; mas ação rescisória do que recurso" (7).

Espínola Filho considera, também, a revisão um recurso de caráter especial (misto) e objetivo geral, "acentuando que esse aspecto especial (misto) resulta da circunstância de participar ela de recurso, assemelhando-se, entretanto, a uma ação, como, em matéria civil, ocorre com as rescisórias. Importando, como a própria palavra o indica claramente, num novo exame do feito, que se vê outra vez ou revê, ou, conforme a técnica precisa do direito alemão, na reabertura do processo (wiederaufna hme des verfahreus), é um *remédio do qual pode lançar mão o réu, condenado,* quer em nome próprio, pessoalmente ou por meio de procurador, quer representado,

após a morte, pelo seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 623) (8).

Como acentua Augusto Duque, "em primeiro lugar, *somente podem ser objeto de revisão os processos findos*, é essa uma condição umbelicalmente ligada à existência do instituto revisório. Processo findo, expressão que vem da adoção do instituto, entre nós, pela Constituição Federal de 1891, é aquela no qual nenhum recurso ordinário ou extraordinário pode mais ser interposto. O processo findo é o pasto único do processo revisório" (9).

Também no Código do Processo Penal italiano "é ammessa in ogni tempo *a favore dei* condannati, nei casi determinati dalla legge, la revisione delle sentenze di condanne divenute irrevocabili pronunciate in primo grado o in grado d'appello dall'Autorità giudiziaria ordinaria, anche se la pena é giàespiata o è estinta" (art. 553).

"Como il calcolatore", escreve Giovanni Brichetti, "solitamente oddiviene alla revisione del calcolo, quando un errore altera in modo sensibile il resultado; cosi il legislatore autorizza la revisione dalla sentenza, soltanto quando gravi ragioni di giustizia consigliano di fare ciò" (10).

O artigo 551 do Código de Procedimentos enlo Criminal para la Justicia Penal Argentina, declara que "habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, aunque hayan sido pronunciadas por la Suprema Corte de Justícia".

A tônica da revisão é a coisa julgada passível de ser corrigida em decorrência de erro ou injustiça.

Assim foi sempre na nossa legislação como na de outros países.

A REVISÃO NO PROJETO DE LEI Nº 633

No projeto do Código do Processo Penal manteve-se, no artigo 563 e seguintes o sentido clássico da revisão criminal, declarando-se que "a sentença condenatória passada em julgado será rescindível através da revisão criminal quando contiver erro judiciário" (art. 563), estabelecendo o parágrafo único do artigo 565 que "o pedido será sempre instruído com a certidão da sentença condenatória passada em julgado ou do acórdão originário, ou do que a confirmou ou manteve em parte", podendo, de acordo, com o artigo 563, o requerente, num qüinqüídio, indicar as provas que pretenda produzir.

Surge, porém, uma figura nova, a da revisão especial, no processo contra condenação à revelia, e que se denomina de *revisão especial*.

No anteprojeto do prof. José Frederico Marques era criada a figura da *ação penal revocatória*.

Dizia o artigo 768 do anteprojeto que "após um ano da data em que foi proferida sentença condenatória contra *réu foragido* que não pode apelar sem recolher-se à prisão, o seu cônjuge descendente, ascendente ou irmão poderá propor ação revocatória contra a condenação, *desde que ocorram os pressupostos da revisão criminal*".

Dispunha, ainda, o anteprojeto:

"art. 769 — A petição será devidamente fundamentada e instruída, observando-se o que dispõe o art. 577, e será autuada em apenso ao processo em que foi proferida sentença condenatória.

art. 770 — O juiz mandará intimar o Ministério Público para contestar o pedido em dez dias.

art. 771 — O processo seguirá o rito ordinário. Na audiência, após a instrução da causa, o juiz mandará que se dê vista ao requerente da revocatória, por dez dias, para alegações finais. Apresentadas estas, o Ministério Público terá igual prazo para oferecer suas razões.

art. 772 — Arrazoada a causa, os autos subirão à segunda instância, onde, após a distribuição, falará o procurador da justiça, processando-se a seguir com o rito de apelação.

art. 773 — Julgada procedente a revocatória, o réu será absolvido.

art. 774 — Se o Tribunal declarar improcedente a ação, *o réu não perde o direito de apelar nem de interpor revisão criminal, se posteriormente for preso*".

Haveria, na ação revocatória, uma reabertura de produção de prova, cabendo, entretanto, a apreciação do feito à segunda instância, que poderia favorecer o réu revel com a absolvição. Se mantida, porém, a condenação, e *depois de preso* pois a intimação da sentença condenatória seria pessoal (art. 426, § 1º, "b") — o condenado poderia interpor o recurso de apelação e, depois do trânsito em julgado, a revisão.

No projeto de lei nº 633 afastou-se a ação revocatória mas introduziu-se a chamada *revisão especial*, com algumas das suas características:

"art. 752 — O réu condenado em processo em que foi citado por editais e *declarado revel* poderá, logo depois de ser preso, propor *revisão especial*.

§ 1º — A revisão especial será requerida pelo próprio condenado, ou por seu defensor, nos autos do processo em que foi proferida a sentença condenatória.

§ 2º — O prazo para o pedido de revisão especial será de dez dias, contado da data da prisão.

§ 3º — Sobre o pedido e alegações falará o órgão do Ministério Público, em cinco dias. A seguir os autos serão enviados à segunda instância.

§ 4º — O Juiz poderá permitir que o condenado primário e de bons antecedentes fique em liberdade provisória, com fiança ou sem ela, e, se inafiançável o crime, poderá conceder-lhe prisão domiciliar, desde que se tenha apresentado e se verifiquem os requisitos do art. 478, § 2º. Em qualquer caso, a manutenção da medida ficará a juízo do relator do pedido em segunda instância.

art. 753 — A revisão especial,que terá efeito devolutivo igual ao da apelação, *independe dos pressupostos enumerados no art. 563*, e será processada e julgada na superior instância, perante, o órgão a que competir a revisão (art. 563), aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 566 e seguintes.

Parágrafo único — *Denegada a revisão especial, caberá posteriormente revisão, desde que* fundado o pedido em novas provas (art. 563).

art. 754 — Não caberá revisão especial:

I — quando o condenado tiver sido citado por edital em razão do disposto no art. 109, parágrafo único;

II — quando o condenado houver tido defensor constituído nos autos (art. 100, nº V).

Parágrafo único — *O pedido de revisão especial importa renúncia à apelação".*

Da ação revocatória do anteprojeto à revisão especial do projeto de lei nº 633 algumas modificações foram introduzidas: o réu deverá estar preso, o prazo é de dez dias a partir da prisão, só poderá ser requerida pelo próprio interessado ou por seu defensor, não há reabertura de produção de provas, o seu efeito é devolutivo, são desnecessárias as condições enumeradas no art. 563 sobre o que se entender por erro judiciário, o seu processamento elide o direito à apelação mas ressalva o direito a revisão fundada em provas novas.

Não caberá revisão especial quando o réu não foi encontrado para a citação, por ter feito declaração falsa ou incompleta sobre sua residência ou locais onde deva ser procurado ou quando, apesar de revel, teve defensor constituído no curso do processo.

Face a sistemática do Código do Processo Penal não se divisa qual o interesse da introdução, como novidade, da revisão especial.

Diversamente da anterior propositura da chamada ação penal revocatória, que impunha, como condição, tratar-se de "réu foragido

que não pode apelar sem recolher-se à prisão", a revisão especial condiciona a sua propositura, por parte de réu revel, "logo depois de ser preso".

Ora, se a prisão é condição da prisão especial, mesmo que depois o réu "fique em liberdade provisória, com fiança ou sem ela, e se inafiançável o crime, poderá o Juiz conceder-lhe prisão domiciliar" (art. 752, § 4º), deverá ele, antes de posto em liberdade, ser intimado pessoalmente da sentença condenatória, nos termos do disposto nos itens I e II do artigo 426. Intimado, correrá o prazo para apelação, não se justificando que, ao invés da apelação se lhe conceda procedimento especial que "importa na renúncia à apelação" (artigos 754, parágrafo único).

Se for o caso de réu solto, que tiver sido citado pessoalmente para o processo e não for encontrado para a intimação da sentença, esta será feita por edital, com o prazo de noventa dias (art. 426, III), e, uma vez transitada em julgado, dará azo a um pedido revisional comum.

Pode-se dizer da revisão especial o que o Desembargador Pedro Barbosa Pereira, em ciclo de conferências sobre o anteprojeto, disse da ação revocatória para o revel: "não é conveniente que se facilite tanto aos que infringiram tais dispositivos, com condenação que surgiu depois de um contraditório com todas as garantias de defesa" (11).

Finalizando:

Considerando que a revisão especial foge a toda sistemática da revisão, que sempre primou por ter entre os seus pressupostos o de rever condenação definitiva, substituindo inocuamente o recurso normal de apelação, dando ao requerente a oportunidade de "posterior revisão, desde que fundado o pedido em novas provas" (artigo 753), *seja proposta* a sua exclusão do projeto do Código de Processo Penal, ora em tramitação no Congresso Nacional".

(1) "Código de Processo Penal" — 2º volume, pág. 299 — 1943.
(2) "O Processo Criminal Brasileiro" — vol. II, pág. 474 — 4ª edição.
(3) "Curso de Direito Judiciário Penal" — 2º volume, pág. 347 — 1958.
(4) "Elementos de Direito Processual Penal" — vol. IV, pág. 325 — 1ª edição.
(5) Obra e volume citados — pág. 326.
(6) "Curso de Direito Processual Penal" — pág. 373 — 6ª edição.
(7) "Júri" — pág. 239 — 6ª edição.
(8) "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado" — vol. 6, pág. 305 — 3ª edição.
(9) "Da Revisão Criminal" — pág. 61 — 1964.
(10) "L'evidenza nel Diritto Processuale Penale" — pág. 212.
(11) "Dos Recursos e dos Procedimentos" in Arquivos do Ministério da Justiça — nº 116, pág. 186.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Jorge Luiz de Almeida
Procurador da Justiça

O art. 122 do projeto do Cód. Proc. Penal prescreve:

"Compete à polícia judiciária:

§ 4º — Nas investigações para apurar infrações penais, a autoridade policial pode:

a — interrogar o indiciado

d — ordenar a condução coercitiva das pessoas mencionadas nas letras "a" e "b" quando se recusarem a comparecer para serem ouvidas".

Esta disposição vem reiterada no art. 246 X projeto:

"Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial, ainda que não formalizada a abertura do inquérito, deverá:

nº V — ouvir em interrogatório o indiciado, fazendo com que o respectivo termo seja assinado por duas testemunhas devidamente qualificadas que tenham assistido ao ato.

nº X — ordenar a condução coercitiva das pessoas mencionadas nos nºs IV e V, quando se recusarem a comparecer".

Os citados artigos deixam o entendimento de que a autoridade administrativa pode conduzir coercitivamente o indiciado para o interrogatório-extra-processual.

Contrariam eles as idéias informativas da reforma, de maior resguardo aos direitos de defesa, ao mesmo tempo que se contrastam com o princípio do sistema acusatório, cuja pureza buscou o projeto.

A medida de força sobre o indiciado, ora comentada, constitui expressão de sistema inquisitivo que, na lide entre o interesse liberatório do indivíduo e o repressivo do Estado, agiganta os poderes estatais com desnivelamento dos direitos do cidadão. Não foi este o sentido da reforma.

Constitui verdade, com lição histórica, a íntima conexão entre as normas processuais penais e o direito político de um país:

> "Los principios de la politica procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de uma nación no es sino el termometro de los elementos corporativos e autoritarios de su Constitución (Goldschmidt, Principios Generales del Proceso, VII, pág. 109)".

Se é certo que o homem vive por atos do presente projetado no futuro, não se pode deixar de notar a pretensão de influência dos postulados reformistas sobre o ordenamento político. Os pré-projetistas traduziram anseios e tendências sociais ao elaborarem sugestões para o futuro Código, a ele dando características liberalizantes. Assim se chegou a dizer:

> "A grande preocupação da Subcomissão Revisora do anteprojeto foi a de reforçar o sistema acusatório, e, também a de tornar reais e efetivas as garantias constitucionais do direito de defesa" (D.O. União de 29/6/70, pág. 2).

Assim dispôs o projeto:

> "adota, em rigor, os princípios do sistema acusatório, plasmando o processo penal como autêntico actus trium personarum... com adequada proteção ao direito de defesa do réu (Exposição de Motivos, item 7)".

Ao se definirem os princípios da reforma, no melhor atendimento aos direitos de defesa e à pureza do sistema acusatório, ante-projeto e projeto, expressaram, do processo para a ordem política, um anseio, a que Goldschimidt na visão do sistema acusatório qualificou de "ideal democrático".

Os arts. 122 "d" e 246 "X" desatendem as idéias e os princípios da reforma.

Dentro do sistema do atual Código não se pode censurar os que defendem a coerção combatida:

> "Registre-se, todavia, que sempre se reconheceu à autoridade policial o poder de, nos termos do art. 260 Cpp, determinar a condução do indiciado para interrogatório. Entender o contrário implicaria privar a Polícia de meio essencial de investigação, sobrepondo os interesses de criminosos ao da sociedade (R.T. 445/398)".

Todavia, o nivelar de indiciado com criminoso, o exalçar interesse social esquecido do individual, traduz espírito diverso no qual se apoia a reforma, enfeudamento em posição ideológica do pretérito, não do porvir.

Impõe-se lembrar o princípio informativo da reforma para se compreender, no confronto com os artigos comentados, o contraste:

> "Estabeleceu-se perfeito equilíbrio entre acusação e defesa (D.O. União de 29/6/70, pág. 2)".

Só dentro do Estado de direito, como expressão jurídica da teoria da separação de poderes, pode-se compreender o nivelamento, na lide, entre o indivíduo e o poder público.

O Estado é o sujeito passivo do crime. É o portador dos interesses sociais protegidos pelas normas penais.

Ora, em lide aberta entre ofensor e vítima, como aceitar a imparcialidade desta, no julgamento daquele? Como supor Justiça no ato de quem não está acima, mas é parte na causa?

A superação do problema surge com a construção política moderna, da criação do Estado de direito, separado ele na trilogia dos papéis que exerce, repartido em razão das funções específicas e privativas de Estado-administração, Estado-legislador e Estado-juiz.

É como os autores do anteprojeto e do projeto compreendem o processo, nos valores e princípios que firmam, como "processo de partes", "niveladas em direito as partes".

Acolheu-se a melhor doutrina:

> "é verdade que o Estado é o sujeito passivo do crime; é verdade que a subjetivação da norma penal só se dá a favor do Estado; mas é verdade igualmente que isso se verifica em relação ao Estado-administração e não já em relação ao Estado-legislador ou ao Estado-juiz (Instituições de Direito e Processo Penal, Bettiol, pág. 207, ed. 1974)".

Inspirou-se a reforma na idéia do Estado de direito, caracterizado pela separação de poderes, cuidando e zelando pela imparcialidade do Estado-juiz, afastando-o dos atos da ação, quer excluindo-o do conhecimento da notitia criminis (art. 9º projeto), quer retirando-lhe poder de apreciar o ato administrativo do arquivamento do inquérito (art. 259 proj.), quer impedindo-o de instaurar ação ex-ofício (art. 6º proj.).

Não introduzido o juizado de instrução, a atividade persecutória penal restou atribuída, por inteiro, ao Estado-administração.

É ante a compreensão da dicotomia do papel estatal na justiça penal que resta a incongruência dos preceitos comentados, quando neles se assiste o Estado-vítima (Estado-administração) agir diretamente sobre o suposto ofensor. Sim, com vistas na pena que pretende aplicação, o sujeito passivo do crime exerce, em cena de manus injectus, atos de seu interesse, com violação ao direito de inviolabilidade do adverso.

Sem boa procedência seria obejtar que a tese se ajusta ao "processo", não assim à sua fase preparatória, onde inexistem partes, onde incaberia reclamo por igualdade.

Se tecnicamente é indiscutível a designação de "parte" aos marcados pelos interesses em conflito na fase pré-processual, este antagonismo já os personificam como eventuais sujeitos de contrapostas pretensões jurisdicionais. E os atos preordenados a uma situação processual favorável têm, em razão da finalidade, natureza processual. São substancialmente processuais, ainda que sob traço de potencialidade formal, porque, conquanto ainda não realizados em processo, a este se acham ligados por uma relação teleológica (Betti, Diritto Processuale Civile, pág. 278, ed. 1963).

Na hipótese considerada há que se identificar, também, existência de direito processual, pois o ato se encontra em relação causal com o processo. Sua finalidade é, no caso específico da condução coercitiva exercida pelo Estado-administração, trazer à evidência um fato, dar nascimento a um meio de convicção, produzir uma prova: a confissão.

Assim, o ato de força de uma parte sobre a outra quebra e desfigura a idéia informativa da reforma, a de assegurar, pela instituição do processo de partes, o equilíbrio entre a acusação e a defesa.

Os artigos combatidos têm sentido auto-satisfativo, no mínimo quanto à pretensão probatória à custa do direito do adversário, expressando, este proceder, "resquício de inquisitorialismo penal", o que, em termos de princípio, o projeto "repudiou" (Exp. de Mot. item 4º).

Não se defende mera e intransigente teórica posição extremada, no conflito entre o interesse individual e o social.

Soube o projeto, quando imperiosa necessidade reclama, dar merecida consideração ao valor social, concedendo ao órgão da persecução penal poderes para procedimentos auto-satisfativos (art. 200, III, art. 246 proj.).

Ressentem-se os arts. 122 "d" e 246 "X" deste pressuposto, a necessidade indeclinável, a justificar atos de auto-tutela pelo Estado-administração, ligados em relação teleológica com o processo.

A condução coercitiva, comentada, tem por fim o interrogatório, o que supõe desatendimento ao mandado de comparecimento.

Notificado o indiciado para interrogatório, o seu desatendimento, por atos mais do que por palavras, expressa recusa ao depoimento.

Pode o indiciado negar-se a depor?

A resposta, da doutrina (João Mendes, Proc. Criminal, vol. I, pág. 192, 2a. ed.) e do projeto (art. 315), é afirmativa.

Se esta é a posição do arguido frente ao Juiz, outra não pode ser a solução frente à autoridade administrativa. Só insana interpretação poderia conceber maiores poderes para o órgão auxiliar que para o principal, ou que ante aquele o arguido não merece respeito, é objeto, e frente ao Judiciário é pessoa, impondo acatar sua vontade.

A regra correta é: inexiste obrigação de responder ao interrogatório (Spínola Filho — C. Proc. Penal, vol. I, pág. 289, 1954).

É que no interrogatório se destaca a característica de ato de "defesa" (Frederico Marques, Elementos de D. Proc. Penal, vol. II, pág. 321, Lincoln Prates, in Rev. For. 114/218; Hélio Torganhi, Proc. Penal, vol. III, pág. 811; Nelson Hungria, Rev. For. 88/561; Magalhães Noronha, Curso D. Proc. Penal, pág. 104; Ary Franco, Cód. Proc. Penal, vol. I, pág. 276; Florian, Elementos de Derecho Proc. Penal, pág. 335). É, ainda, contra a natureza das coisas, até desumano, reclamar do réu que produza prova contra si.

O indiciado tem direito a depor. Por isso é notificado.

Se não tem obrigação de responder ao interrogatório, por que sob força conduzi-lo à Polícia?

Aqui se distinguem as medidas coercitivas, as dos arts. 122 "d" e 246 "X" com as dos arts. 20 III e 246.

Numas a medida inquisitiva vem justificada pela necessidade, o alcance de um fim lícito. Nas outras o fim não só é legítimo, como o é suspeito.

Não se defende mera e intransigente teórica posição extremada, no conflito entre o interesse individual e o social.

Soube o projeto, quando imperiosa necessidade reclama, dar merecida consideração ao valor social, concedendo ao órgão da persecução penal poderes para procedimentos auto-satisfativos (art. 200, III, art. 246 proj.).

Ressentem-se os arts. 122 "d" e 246 "X" deste pressuposto, a necessidade indeclinável, a justificar atos de auto-tutela pelo Estado-administração, ligados em relação teleológica com o processo.

A condução coercitiva, comentada, tem por fim o interrogatório, o que supõe desatendimento ao mandado de comparecimento.

Notificado o indiciado para interrogatório, o seu desatendimento, por atos mais do que por palavras, expressa recusa ao depoimento.

Pode o indiciado negar-se a depor?

A resposta, da doutrina (João Mendes, Proc. Criminal, vol. I, pág. 192, 2a. ed.) e do projeto (art. 315), é afirmativa.

Se esta é a posição do arguido frente ao Juiz, outra não pode ser a solução frente à autoridade administrativa. Só insana interpretação poderia conceber maiores poderes para o órgão auxiliar que para o principal, ou que ante aquele o arguido não merece respeito, é objeto, e frente ao Judiciário é pessoa, impondo acatar sua vontade.

A regra correta é: inexiste obrigação de responder ao interrogatório (Spínola Filho — C. Proc. Penal, vol. I, pág. 289, 1954).

É que no interrogatório se destaca a característica de ato de "defesa" (Frederico Marques, Elementos de D. Proc. Penal, vol. II, pág. 321, Lincoln Prates, in Rev. For. 114/218; Hélio Torganhi, Proc. Penal, vol. III, pág. 811; Nelson Hungria, Rev. For. 88/561; Magalhães Noronha, Curso D. Proc. Penal, pág. 104; Ary Franco, Cód. Proc. Penal, vol. I, pág. 276; Florian, Elementos de Derecho Proc. Penal, pág. 335). É, ainda, contra a natureza das coisas, até desumano, reclamar do réu que produza prova contra si.

O indiciado tem direito a depor. Por isso é notificado.

Se não tem obrigação de responder ao interrogatório, por que sob força conduzi-lo à Polícia?

Aqui se distinguem as medidas coercitivas, as dos arts. 122 "d" e 246 "X" com as dos arts. 20 III e 246.

Numas a medida inquisitiva vem justificada pela necessidade, o alcance de um fim lícito. Nas outras o fim não só é legítimo, como o é suspeito.

Conduzir o indiciado, coercitivamente, à Polícia, para interrogatório, ao qual não é obrigado a responder, configura e traduz formalidade de constrição sem objetivo.

Medida de força com eficácia oca destrata e ofende o respeito à idéia de processo de partes, à idéia de "tornar reais e efetivas as garantias constitucionais do direito de defesa" (D.O. União de 29/6/70, pág. 2).

Condução coercitiva para a cena do silêncio, tem a inconveniência do cerimonial do vazio.

E quando fosse só o espetáculo do vácuo, era de se ignorá-lo como quem despreza o fútil. Todavia, só por ingenuidade não se percebe e não se prevê os riscos que o ato vai ensejar ao destrato humano.

Seabra Fagundes, falando sobre o "direito", que surgiu para substituir a violência e para ela hoje perde terreno, cita Relatório sobre a Tortura do Mundo:

> "foram introduzidos em muitos países métodos sofisticados de tortura. A técnica de interrogação vem constantemente associada. (Diário do Congresso Nacional, Seção II, ed. 11/6/76, pág. 3573)".

Não se pode ignorar esta realidade. Não se pode deixar de prever que a condução coercitiva servirá de instrumento para exercício tendencioso de função ou de pressão ante fanatismo investigatório.

Face a esta conhecida verdade há que se reconhecer como autores mediatos, não por concurso intencional mas pela leviana ausência de previsibilidade do previsível, os que colaboraram para as tristes consequências de um interrogatório extra-processual, não legítimo (art. 315 proj.), autoria incidente no instante da condução coercitiva.

Não se ignora ser o indiciado a pessoa que dispõe da melhor situação para dar relevantes esclarecimentos sobre a notitia criminis.

Por isso mesmo não se pode expor o indivíduo às tentações do empolgar investigatório.

Há que se lembrar que a utilidade não é o valor mais relevante que o direito tem que realizar. Nem tudo que é "útil" satisfaz ao "direito", mas só o que tende à "justiça".

Na hierarquia dos valores, a "justiça" antecede ao "útil".

É inegável o conflito e contra-senso, do "projeto", em proclamar e consagrar direito a não responder ao interrogatório e a perigo expor esse direito:

"Não pode satisfazer aos cidadãos um regime que presta uma homenagem teórica à liberdade do acusado e frequentissimamente a aniquila em sua aplicação prática (prof. Pierre Bouzat, Revue Internationale de Droit Penal, ed. 1953, nº 1, pág. 110)".

O anteprojeto e o projeto louvam os direitos do indivíduo, restando como lapso e equívoco os articulados sobre condução coercitiva para interrogatório policial.

É preciso harmonia entre os articulados do projeto e as idéias da reforma, os princípios que a informaram:

"é preciso eliminar do processo penal moderno todos os procedimentos tendentes a levar o acusado ou suspeito a fazer contra ou fora de sua vontade uma declaração contra si próprio, especialmente uma confissão. (Goodhart, Anuaire de L'Institut International du Droit et Sociologie Juridique, 1935, pág. 99)".

Os arts. 122 "d" e 246 X não devem ser acolhidos pelo futuro Código de Processo Penal, para coerência do sistema, para que a nova obra legislativa possa ser, não só um instrumento formal da Justiça, mas também de garantia individual.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS

Fernando Newton Bittencourt Fowler
Procurador da Justiça do Paraná

1. São escassas as regras que na legislação vigente disciplinam o procedimento das causas da competência originária dos tribunais superiores (arts. 556 a 560 do CPP). Cuidou o legislador apenas de traçar normas referentes à tramitação da ação penal e seu julgamento nas Cortes de Justiça. Nada dispôs sobre a instauração do inquérito policial, como fase investigatória preliminar integrante da persecução penal.

Essa ausência de preceitos expressos a propósito da persecução penal tem gerado certas dúvidas a respeito de incidentes que podem surgir nessa etapa do procedimento. Um deles, e que nos parece de maior significação, é o atinente ao arquivamento do inquérito, quando entender o Procurador-Geral inexistir base para a apresentação da denúncia. A indagação que aqui se impõe é a seguinte: vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal nas causas da competência originária dos tribunais superiores?

A omissão da legislação sobre o tema tem gerado certa perplexidade na doutrina e que se reflete, em parte, na doutrina.

1.1 É sabido que o sistema vigente de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal, adotado pelo art. 28, do CPP, cinge-se ao primeiro grau da jurisdição, exaurindo-se na figura do Procurador-Geral, a quem compete proferir a última palavra em matéria de arquivamento. É o denominado controle hierárquico, cabendo a última palavra ao Chefe do Ministério Público.

Evidentemente, não funciona ele na superior instância pela simples razão da inexistência de órgão hierárquico de superposição ao Procurador-Geral. Logo, os atos deste, determinativos de arquivamento de inquérito policial, não estão sujeitos a qualquer espécie de controle.

Poderia parecer que a ausência de fiscalização em torno do cumprimento do princípio da obrigatoriedade nas ações penais da competência originária dos tribunais, implicaria na implícita adoção do princípio oposto, isto é, o da oportunidade. Nada mais equívoco.

A inexistência do citado controle não possui, por si só, o condão de transformar a obrigatoriedade da propositura da ação penal em tais casos num mero juízo de sua conveniência.

Há mais de 40 anos atrás já sustentava Tolomei:

> "É dunque erroneo il ritenere che la adozione di controlli giurisdizionali alla attività del Publico Ministero significhi adozione del principio di obligatorietà e, inversamente, che il horo difetto implichi accoghimento di quello di opportunità.
>
> Nulla eschude, invero, che, stabilito l'obligo di promnovere l'azione, nessun controllo sia posto al suo adempimento da parte dell'organo cui esso è demandato e che, stabilitane invece la mera facoltà, sia l'uso di questa soggeto al controlo" (1).

Esse entendimento em torno da matéria deflui da natureza indisponível das normas penais incriminadoras, que encontram nas ações penais públicas a forma de sua realização frente ao caso concreto. Se a maioria das normas penais incriminadoras é indisponível, dado o caráter insuscetível de renúncia dos bens que buscam tutelar, é evidente que, por conversão, também obrigatória deva ser a propositura da ação penal pública. Nesta, inadmissível é o mero juízo de conveniência, sob pena de fratura de todo um sistema jurídico penal. Desde que exista o suporte fático à sua propositura, torna-se a ação penal também indisponível, independentemente do grau de jurisdição em que deve ser intentada.

Ademais, é preciso não perder de vista a natureza orgânica do Ministério Público. A adoção de critérios opostos no tocante ao exercício da ação penal, representaria condenável quebra da unidade da instituição que deve ser preservada. A recepção do princípio da oportunidade nas ações penais da competência originária dos tribunais, em

---

(1) — Alberto Domenico Tolomei, *I Principê Fundamentali Del Processo Penale, Padova, 1931, pág. 69.*

última análise constituiria um segundo privilégio àquelas pessoas que já gozam do foro privilegiado por força de prerrogativa da função.

2. É verdade que tanto nossa doutrina como a jurisprudência não têm apresentado soluções uniformes sobre o tema.

Assim, por exemplo, J. Frederico Marques sustenta que nos casos de competência originária o Ministério Público não é o dono da ação penal, tendo os tribunais controle absoluto sobre a propositura da ação penal e sobre a admissibilidade da acusação. E acrescenta o insigne processualista que se o Tribunal indeferir pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral, *"ou este oferece denúncia, ou atribui essa função ao seu substituto legal, ou então será nomeado procurador* ad hoc *para esse fim"* (2).

Embora acolha o princípio da obrigatoriedade em tais casos, são absolutamente inaceitáveis as soluções que propõe o eminente professor de São Paulo para sua fiscalização e controle. Cinde ele o sistema do Código vigente ao transferir ao órgão jurisdicional o controle do citado princípio quando se tratar de ação penal pública da competência originária dos tribunais. Enquanto para a instância inferior se acolhe o critério do controle hierárquico, na superior instância, cindindo-se o sistema, recepciona-se o critério do controle jurisdicional.

Não há como se aceitar tal interpretação, que retira a titularidade de agir do Ministério Público, numa injustificada quebra do sistema acusatório. Descabida é a possibilidade da nomeação de procurador *ad hoc*, figura espúria que é de se repelir.

A seu turno, também inaceitável é a orientação de certa parte da jurisprudência.

> "O Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público, é o titular da ação penal, o *dominus litis*, e a lei lhe defere a *disponibilidade* da ação; se conclui pela inexistência de crime ou indícios suficientes de autoria e pede o arquivamento, não há como negá-lo". (O grifo é nosso) (3).

Incorreto se nos afigura sustentar que em superior instância vige o princípio da oportunidade. Isto, como já se afirmou, constitui violação do caráter indisponível de normas penais incriminadoras e cisão da unicidade orgânica do Ministério Público.

---

(2) — José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, págs. 340/41.*

(3) — Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 73/1.

3. Resta examinar o tratamento que deu ao tema o Projeto de Lei nº 633/75, de Código de Processo Penal, ora em tramitação na Câmara dos Deputados. A matéria vem regulada a partir do art. 551 e sua estruturação é sensivelmente superior frente à legislação vigente. Fica no texto estabelecido que todos os atos da persecução penal — *investigação preliminar e propositura da ação* — incumbem ao Ministério Público. Parece-me que essa orientação é a mais consentânea com nossa tradição e com a estrutura do sistema acusatório. É boa a norma que atribui as investigações preliminares ao Ministério Público, em face da peculiaridade do procedimento da competência originária dos tribuinais e da qualidade das pessoas que venham a ser indicadas.

No que tange ao arquivamento, preocupação central deste trabalho, afigura-se-nos que a legislação proposta poderia ter sido mais explícita. O art. 561 do Projeto preceitua que *"o arquivamento do processo obedecerá, no que couber, ao disposto no art. 259.* (O grifo é nosso). De início, convém apontar a incorreção da expressão *"processo"*. Trata-se de inquérito, como desenganadamente vem explícito no art. 557, § 1º, do mesmo capítulo. A ninguém é lícito arquivar processos em andamento. Inexiste emenda tendente a corrigir o equívoco (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao nº 025, 7/4/76).

Por outro lado, a redação do dispositivo em apreço é ambígua ao dizer que o arquivamento *"obedecerá, no que couber, ao disposto no art. 259"* do Projeto. A locução *"no que couber"* vai suscitar dúvidas. Terá o Conselho Superior do Ministério Público as mesmas funções de fiscalização que exerce sobre a primeira instância como decorrem dos parágrafos do art. 259, ou inexistirá esse controle quando se cuidar de arquivamento determinado pelo Procurador-Geral?

É necessária uma tomada de posição a respeito. Com a segunda hipótese abandona-se o critério de controle hierárquico preconizado pelos parágrafos do art. 259 do Projeto. Pela hipótese primeira erige-se o Conselho em órgão de superposição ao Procurador-Geral, o que não condiz com a atual estrutura funcional e hierárquica do Ministério Público.

Seria de bom alvitre que a solução do problema do arquivamento coubesse, em última instância, ao Colégio de Procuradores, desde que houvesse provocação do ofendido, ou seu representante legal, na forma disciplinada pelo art. 259, § 3º, do Projeto.

Tal solução apresentaria duas vantagens: institucionalizaria o Colégio de Procuradores e dividiria a responsabilidade do Procurador-Geral nas determinações de arquivamento. Com isso não se quebraria o sistema de controle interno dessa providência.

Cumpre lembrar que tramita na Câmara dos Deputados emenda supressiva do citado art. 259 do Projeto, proposta pelo deputado José Bonifácio Neto, (Diário do Congresso, citado, emenda nº 569).

Entende o citado parlamentar que inocua é a remessa do arquivamento determinado pelo Procurador-Geral a um Conselho Superior que ele *preside* (O grifo é do original).

CONCLUSÕES

1. Nas ações penais públicas da competência originária dos tribunais superiores vige o princípio da obrigatoriedade, embora inexista na legislação vigente para elas o critério de controle hierárquico.

2. O princípio da obrigatoriedade em tais casos deflui da natureza indisponível das normas penais incriminadoras e da consequente inevitabilidade do processo penal.

3. Igualmente, o princípio nominado decorre do caráter orgânico em que está estruturada a instituição do Ministério Público.

4. Deve atribuir-se ao Colégio de Procuradores, onde houver, o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal nos casos da competência originária dos tribunais superiores, desde que haja tempestiva provocação do ofendido ou seu representante legal.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

A PRISÃO PREVENTIVA FACE AS NOVAS LEGISLAÇÕES

Helena Barros Heluy
Promotor de Justiça — S. Luís, em Substituição

Conceito e evolução histórica — As novas legislações e a custódia excepcional — O fator sócio-econômico e a prisão preventiva — A apresentação espontânea do acusado — Conclusão — Bibliografia.

"A Justiça é Justiça porque exigida por uma lei suprema de ordem. No momento em que pudesse conceber-se como causa de desordem, ela deixaria de existir" (CARRARA, in Programma Del Corso di Diritto Criminale).

"A lei de processo penal é o resultado de um compromisso entre a Segurança e a Justiça. Sem a primeira, a ordem social não pode subsistir e a própria sociedade sofre, tornando-se difícil a coexistência dos homens. Sem a outra, eles podem conviver, mas sendo esse convívio mantido pela força e não havendo a proporcional e legítima distribuição dos bens da vida e o respeito do que a cada um deve tocar não haverá harmonia, estabelecer-se-á o desequilíbrio, o que acabará por comprometer a própria segurança e com ela a concórdia e a convivência pacífica. O ideal seria: a maior Segurança com a mais perfeita Justiça" (TORNAGHI, in Instituições de Processo Penal, vol. I, pág. 9).

São bem atuais essas lições e aplicáveis, por isso, no momento presente, ao campo tão conturbado, tão discutido e, por vezes, mal interpretado da *prisão preventiva,* expressa nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal, em vigor, no Brasil.

CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A prisão preventiva remonta à mais antiga tradição jurídica brasileira. Já o Código de Processo do Império, em seu art. 175, prescrevia o seguinte:

> "Poderão também ser presos, sem culpa formada, os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém, nestes e em todos os mais casos, à exceção dos de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima".

No mesmo passo, a custódia excepcional fora mantida no Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, em seu art. 114, e na Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, sendo de destacar-se dois detalhes, nesta lei: a) — o dar exclusividade ao *juiz*, para sua decretação, ao contrário das anteriores que a concediam à *autoridade;* b) — o emprego, pela vez primeira, da expressão *preventiva*.

Ainda numa visão doutrinária de uma época mais remota, Galdino Siqueira, em 1924, ressaltava o entendimento de Prins, consubstanciado no seguinte:

> "A prisão preventiva é um sofrimento que, no interesse da descoberta da verdade, a sociedade se viu obrigada a infligir, mas que procura reparar, computando o tempo dessa prisão na execução da pena".

No dizer de Espínola Filho, é a prisão preventiva uma medida de força que o *interesse social* reclama da liberdade individual, com a tríplice finalidade de permitir que o indiciado se mantenha acessível à Justiça no distrito da culpa, de impedir que ele, por manobras, estorve a regular produção das provas e de obstar ao prosseguimento de sua atividade delituosa. É uma medida de segurança, no dizer de Ary Franco, isto é, um meio de instrução e uma garantia da execução da pena.

Ela é, como acentua Magalhães de Noronha, a privação da liberdade decretada pelo juiz, no inquérito e na instrução criminal. Juridicamente justificada por sua finalidade, considerando-a naquela tríplice dimensão a que também alude esse mestre, diz ele sobre a prisão preventiva: "é providência de segurança, é garantia da execução da pena e asseguradora da boa prova processual". Para esse moderno professor do Processo Penal, que tão bem sabe aliar a sensibilidade de Procurador de Justiça a de advogado, além da experiência como Diretor Geral do Departamento de Presídios do Estado de São Paulo, para ele — repete-se — a prisão preventiva, no primeiro caso, "evita que o delinquente pratique novos crimes e que seja vítima

da vindita popular, do ofendido ou de sua família. No segundo caso, garante a execução da pena, impedindo sua fuga e, dessarte, subtraindo-se aos efeitos penais e mesmo civis da condenação. No terceiro, diz respeito à instrução criminal, obstando a ação do criminoso, seja fazendo desaparecer provas do crime, seja apagando vestígios, subornando testemunhas, enfim, impedindo com sua atividade que a prova seja o que devia ser. Ela é, assim, *providência de segurança, garantia de execução da pena e meio de instrução*".

Por isso, entende Magalhães de Noronha que são inegáveis essas virtudes, sem, entretanto, desprezar que a prisão preventiva pode ser fonte de abusos, devendo, de conseguinte, seu emprego limitar-se "a casos certos e determinados e atribuí-la exclusivamente ao órgão imparcial, àquele cuja função é distribuir justiça, ao juiz" que examinará, sob todos os prismas, os elementos que devem autorizar a medida que é, sem dúvida, de exceção e que, como a seguir será exposto, não se ajusta ao regime de liberdades individuais.

É que, a par de sua aceitação, é também antigo o fazer críticas a esse instituto, invocando os que condenam a prisão preventiva suprimir ela a liberdade do indiciado inocente, face à falibilidade da prova. Entre estes, salienta-se a extraordinária figura de FRANCESCO CARRARA, considerado não apenas príncipe dos criminalistas — mas papa e rei; isto porque imperou impondo seus ensinamentos e porque também dominou espiritualmente, fazendo do Direito Penal uma religião, mostrando, sobretudo, a íntima ligação entre a lei humana e a lei divina".

Sobre essa modalidade de cerceamento das liberdades individuais, refere-se CARRARA à desmoralização de quem não é culpado, à depressão de seu sentimento de dignidade, à diminuição do conceito de que desfruta, à memória que se conserva dessa prisão, concluindo que a passagem pelo cárcere deixa, no desventurado, indelevel marca (Opuscoli di Diritto Criminale, 1889, vol. 4º, pág. 299).

Não há negar-se, evidentemente, que a custódia cautelar apresenta determinados aspectos negativos, examinando-a tão somente sob o prisma das liberdades individuais, porquanto cerceia a liberdade daquele que ainda não foi julgado. Entretanto, não é correto olhar-se a questão apenas em um ângulo. Por isso que me filio àqueles que não menosprezam a prisão preventiva.

A *exposição de motivos* do Código de Processo Penal (Dec. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) define a prisão preventiva com mais latitude do que na legislação anterior. E mostra que essa medida cautelar "desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de *suficientes indícios* para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o *interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal*".

É, portanto, indispensável que haja a *prova da existência do crime e indícios de sua autoria*, para, em princípio, admitir-se a possibilidade da decretação da prisão preventiva, eis que cabe ao juiz, em despacho fundamentado, ver de sua necessidade, ou não, tendo em vista a tríplice finalidade ressaltada por Espínola.

Tais aspectos continuam inatacáveis e são preponderantes para a aplicação da medida excepcional prevista nos arts. 311 a 316 da lei adjetiva penal. E mais: não sofreram, até hoje, nenhum ataque com as leis modificadoras do Código de Processo Penal, no tocante às modalidades de prisão processual.

O Decreto Lei nº 3.689/41, nos arts. acima enunciados, com a égide da Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, sofreu sensível alteração. É que o texto do Código de Processo Penal, originariamente, definia que a prisão preventiva podia ser *compulsória* e *facultativa* e, com o advento da legislação modificadora, o art. 312 (prisão obrigatória) teve suas disposições ab-rogadas, advindo, daí, todo um elenco de alteração ao capítulo destinado à prisão preventiva.

E andou bem o legislador, porquanto o critério da lei fundava-se na *quantidade da pena*, o que retirava do julgador a faculdade de apreciar da necessidade — ou não — da medida. Desapareceu, assim, a possibilidade do dano irreparável que o ab-rogado art. 312 causava ao indiciado que, absolvido ao final, mas preso durante meses e até anos, só lhe restavam as profundas marcas dessa custódia compulsiva.

Sem analisar os outros pontos que constituem essas alterações da Lei nº 5.349/67, porque desnecessário diante do que se pretende enfocar neste trabalho, fixo-me apenas no que resultou delas: toda prisão preventiva é, hoje, facultativa, cabendo ao juiz a competência para decretá-la, determinando os arts. 312 e 313 os pressupostos da medida.

Em outras palavras: desde que se encontrem, nos autos, prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria do indiciado, cabe ao magistrado decretar a prisão preventiva, desde que *necessária* à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Emerge, pois, de tudo quanto até aqui exposto, a obrigatoriedade de ficar demonstrada, no decreto, a necessidade da medida excepcional dentro daqueles aspectos assinalados, desde que *provada a existência do crime* e hajam *indícios suficientes de sua autoria*.

NOVAS LEGISLAÇÕES

Mas não parou com a Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, a adequação da prisão preventiva às modernas exigências processuais.

Com o advento da Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, que dá certa amplitude à possibilidade do réu aguardar solto o julgamento de recurso da sentença final, ou de não recolher-se à prisão após sentença de pronúncia, houve uma séria modificação no critério de aplicação da prisão preventiva, decorrente, sobretudo, de uma errônea interpretação dessa legislação.

A Lei nº 5.941/73 alterou, de forma bem decisiva, o sistema processual penal quanto à prisão do delinquente, o que, aliás, já fora desencadeado, em parte, anteriormente, com a Lei nº 5.349/67, no que se refere tão só à prisão cautelar.

Daí os consideráveis reflexos — com gravíssimos prejuízos para a Justiça, no campo da prisão preventiva, muitas das vezes rejeitada, sob a errônea justificativa de ser inaplicável ao caso, face os argumentos que, se fossem ajustáveis a alguma hipótese, só o seriam nos estreitos limites do campo da Lei nº 5.941/73: sentença de pronúncia, ou sentença final — e nunca quanto à medida acautelatória.

Numa análise à Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, entre outras alterações processuais, pode-se ressaltar que ela veio modificar o art. 408, § 2º, e 594 do Código de Processo Penal. No primeiro dispositivo, tem-se conferida a *faculdade* ao juiz — e não obrigação — de deixar de decretar a prisão do réu ou revogá-la (caso já se encontre preso), atendidos os pressupostos de sua *primariedade* e *bons antecedentes*, o que se constituem num verdadeiro direito subjetivo processual do acusado, examinado à luz do direito público. Já o art. 594 é taxativo: "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se for *primário* e de *bons antecedentes*, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto".

E é por isso, por toda essa tendência liberal que vem caracterizando a atual sistemática processual, que muitos que militam na Justiça brasileira estão a confundir os requisitos para aplicação desses dispositivos com os da prisão preventiva. Felizmente, em boa hora, o legislador pátrio, enquanto se preocupava com as humanas liberalidades que devem nortear um sistema penal, corporificadas no bojo da recente Lei nº 6.416, de 24 de maio último, aclarou com essa mesma certos aspectos, ao alterar o art. 313 do Código de Processo Penal:

> "Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:
>
> I — punidos com reclusão;
>
> II — punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III — se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal".

Isto vale dizer que, facultativa a prisão preventiva, em qualquer das circunstâncias enumeradas no art. 312, ela será admitida nos crimes dolosos, ou seja, naqueles praticados com vontade livre e consciência, onde há conhecimento de sua antijuridicidade. E pode o crime ser punido com reclusão, ou com detenção, sendo que, neste caso, exige a lei que fique apurado ser o indiciado vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. E ainda com a exceção do § único do art. 46 do Código Penal, se o réu for reincidente em crime doloso.

Em outras palavras: o agente que praticar crime doloso punido com reclusão, ou com detenção se for vadio e, existindo dúvida sobre a sua identidade, não forneça ou não indique elementos para esclarecê-la ou ainda se já houver sido condenado por outro crime doloso, com a ressalva do § único do art. 46 da lei substantiva (pela Lei nº 6.416/77), desde que existam os pressupostos do art. 312, não há porque serem invocados antecedentes e primariedade do réu. Não há porque censurar-se ou negar-se a medida cautelar. Não há falar-se sequer ser — ou não — réu radicado no distrito da culpa. Ser ele economicamente abastado ou outros muitos argumentos que, levianamente, vêm sendo invocados e até aceitos por certos Tribunais, numa evidente garantia da impunidade de muitos, verdadeiro estímulo a estes ou a outros à prática de novos delitos.

Quantas distorções vinham se verificando na aplicação do art. 313 da lei adjetiva penal e ainda estão ocorrendo... e o que é pior, até mesmo já sob a égide da Lei nº 6.416/77, tão recente, mas já mal interpretada, diante de seus pressupostos básicos, quais sejam os de dar maior garantia às liberdades individuais, o que, de forma alguma, se choca com a obrigatoriedade de acautelar-se a sociedade, nem se sobrepõe ao interesse social, de acordo com o exigido para a caracterização da necessidade da decretação da prisão preventiva.

Aliás, também tem sido incisivo o Supremo Tribunal Federal quanto às pretensões de ajustar-se à prisão preventiva aos benefícios da chamada Lei Fleury. Rechaça aquela Corte toda a pretensão nesse sentido quando afirma "ser de alcance limitado, ou de direito estrito, e que por isto — só deve ser aplicada literalmente, referida legislação". (RHC — nº 53.856 — RJ, in Revista Trimestral de Jurisprudência nº 77/125). Esse entendimento tem servido de paradigma a muitos outros daquele Cenáculo de Justiça, embora continuem as oblíquas interpretações...

Ora, de conseguinte, são claras tais modificações e não há porque pairarem dúvidas quanto ao que estabelece o Código de Processo

Penal com respeito à prisão preventiva, isto num confronto com essa legislação.

A Lei nº 5.941/73 não revogou nenhum dispositivo legal referente à prisão preventiva e nem se conflita com ela. Não proibe — é óbvio — a decretação da prisão preventiva quando o réu é primário, apenas faculta, como já assinalado à saciedade, deixar que se defenda solto, após a pronúncia, ou não seja recolhido à prisão, após a sentença condenatória, aquele que, por razões especialíssimas, foi levado a delinquir, mas que possui antecedentes incensuráveis, a aflorarem dos autos.

E mais.

A Lei nº 5.941/73 não veio, desfazer sequer a prisão preventiva que já houvesse sido decretada. O próprio Supremo Tribunal Federal, julgando o RHC nº 52.413 — GB, relator o Ministro Antônio Neder, consagrou que "as prisões que tenham outra causa (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão administrativa) não são desfeitas ou relaxadas por força da questionada norma".

O FATOR SÓCIO-ECONÔMICO

E quantos não estão a entender e defender e argumentar que somente aos reincidentes e vadios se aplica o art. 313 do Código de Processo Penal, tanto que se apressam logo os advogados a alegar e provar a certeza do domicílio do réu no distrito da culpa, suas atividades profissionais e sua primariedade. Tal entendimento é o mesmo que consagrar que a prisão preventiva só cabe para os menos favorecidos social e economicamente — o que não é o espírito da lei, nem mesmo antes de 24 de maio passado, porque não é tão restrita a amplitude do interesse público a ser tutelado pela medida excepcional. Além disso, seria ferir frontalmente a própria Constituição que preceitua serem todos iguais perante a lei.

Muitos têm se levantado contra esse absurdo ponto de vista, sobretudo o Excelso Pretório que tem feito ruir muitas descabidas pretensões e insensatas decisões. Eis, a propósito, o que decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, apreciando o RHC nº 53.812 SC, publicado no Diário da Justiça, de 28 de novembro de 1975, pág. 8919:

> "Justifica-se a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal na forma do art. 312 do Código de Processo Penal, *não obstante ser o réu, até então, comerciante, economicamente idôneo e socialmente bem colocado*".

Lamentavelmente, não é este o propósito dominante em muitas Comarcas e Tribunais, inclusive com o beneplácito do Ministério Pú-

blico que, às vezes, também se enfileira nessa corrente que discrepa do entendimento daquele Pretório, esquecendo-se de suas elevadas e reais funções. Há, inclusive, hipóteses em que divergem o ponto de vista do representante do Ministério Público na inferior instância com o da segunda, deixando este aquele que conhece de perto os fatos, que compulsa os autos, que sente toda a extensão de uma realidade delitiva, ao sabor das críticas e condenação do Tribunal que aprecia o decreto de prisão preventiva pelo qual muito pugnou anulando-o, inclusive, sob alegações as mais frágeis.

Quantos magistrados e representantes do Ministério Público não têm sentido o desestímulo decorrente de tantos acórdãos que se constituem em verdadeiro desprestígio da Justiça "a quo".

APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO

É tão complexa essa medida de exceção e tão eficiente quando adotada corretamente que ainda restam determinados ângulos a serem analisados, entre eles um que também merece toda a atenção por parte do Julgador e sobre o qual têm recaído algumas dúvidas.

Refiro-me à apresentação espontânea do acusado.

Estabelece o art. 317 do Código de Processo Penal:

> "A apresentação espontânea do acusado à autoridade *não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza*".

Ora, tal dispositivo — dada a sua clarividência — dispensa qualquer dúvida quanto à inadequada invocação da apresentação espontânea para que o indiciado pleiteie o descabimento de sua prisão preventiva, quando se apresenta após o ocultar-se depois de praticado o fato criminoso.

Entretanto, esta argumentação vem sendo bastante adotada e abusivamente acolhida por muitos julgadores que, com isso, tornam letra morta o texto da lei adjetiva penal, alegando que, com a apresentação, o réu se torna confesso e que, por isso, o fato delituoso se torna certo e inquestionável; e que, daí nada há a autorizar a conclusão de que o réu pretente eximir-se à ação do poder público, supondo, quem assim admite, que ele colabora com a Justiça.

Esses argumentos são um flagrante equívoco a violar todo um sistema processual, porquanto, não raro, se constitui em mero ardil para se livrar o indiciado da custódia preventiva.

Ora, aquele que comete um delito, evade-se do local, oculta-se durante um ou mais dias e somente aparece à Polícia, já acompanhado de seus advogados, está apenas tentando impedir a caracterização da necessidade da medida cautelar, geralmente adotada quando o criminoso se encontra foragido.

Todavia essa não é a atitude de quem se apresenta *espontaneamente* à autoridade policial. O verdadeiro sentido da apresentação espontânea se concretiza quando o indiciado — no lapso de tempo entre a prática do crime e o fato chegar ao conhecimento da Polícia, ou logo depois disto — comparece, custodiado — não — de seus advogados, para a lavratura, não mais do auto de prisão em flagrante — por não haver recebido voz de prisão ou sido conduzido à presença da referida autoridade — mas o AUTO DE APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA, o que é bem diferente daquele.

Essa modalidade de apresentação espontânea (???), comumente usada, antecedida de fuga logo depois da prática do delito, nada mais tem sido do que uma abusiva e distorcida forma de burlar a lei, ou assegurar o direito de se ver processar em liberdade (à falta de méritos para tanto), ou ainda numa esperança de impunidade...

Não sendo, no mais sadio e verdadeiro sentido da lei, uma *apresentação espontânea*, pergunta-se: Até que ponto é autêntica essa adjetivação diante da iminência da decretação da medida cautelar? Até que ponto é espontânea essa apresentação quando o réu foge após realizar o crime e essa volição só se manifesta quando decorrida a possibilidade do flagrante?

Salvo melhor juízo, ela só é verdadeira e legítima quando não se constitui em um ardil, vez que pode ser feita perante qualquer Delegacia, fora mesmo do distrito da culpa, desde que não tenha o acusado recebido voz de prisão e nem sido conduzido à presença da autoridade.

Fora disto, o réu apenas fugiu do auto de prisão em flagrante delito e, através de sua APRESENTAÇÃO FORÇADA, procura fugir da prisão preventiva. Fugiu da medida restritiva da liberdade, por força de um errôneo entendimento ou aplicação da figura da apresentação espontânea, tão posta em prática atualmente e aceita — até — pelas autoridades policiais que, em circunstâncias semelhantes, jamais deveria lavrar auto de apresentação espontânea, mas tão somente tomar as declarações do, até então, foragido.

Além do mais, a própria lei adjetiva penal diz, em seu art. 317, que a apresentação espontânea do acusado não impede a decretação da prisão preventiva que poderá ser revogada a qualquer tempo (art. 316). Então, aceitar-se esse tipo de apresentação para impedir a medida preventiva, evidentemente, é estar protegendo o criminoso astuto, ardiloso, que, por esse modo, procura se furtar àquela medida. Os benefícios da apresentação espontânea são bem outros, definidos no art. 596 do Código de Processo Penal e previstos no art. 48, inciso IV, alínea "d", da lei substantiva.

A par de todas essas considerações, merece relevo também a imposição que faz o Código no sentido de ser a decretação, ou denegação, da prisão preventiva, sempre fundamentada (art. 315). E, numa lição bem oportuna, assinala Bento de Faria que "despacho fundamentado não é a mesma coisa que despacho *bem fundamentado*".

Eis aí um aspecto que comporta um demorado enfoque.

A *fundamentação* da prisão preventiva é, hoje, o mais sério, senão difícil, aspecto da matéria e que vem ensejando as mais divergentes opiniões também com reflexos os mais negativos dentro da sociedade, chegando, face o incalculável número de Habeas Corpus concedidos, sob essa alegação, isto é, de *falta de fundamentação* do decreto de prisão preventiva, a se constituir também em grande estímulo à criminalidade.

E é, exatamente, aqui que reside toda a problemática maior da prisão preventiva, cabendo ao Ministério Público, entendendo-o em sua dupla função de órgão fiscalizador da aplicação e representante da sociedade, alertar a JUSTIÇA brasileira para os sérios gravames que vem causando a essa mesma sociedade à inadequada compreensão dos textos que regem a prisão cautelar.

É que a lei reveste a decretação da prisão preventiva de formalidades que integram o direito de liberdade do indivíduo. A *motivação*, portanto, é necessária e indispensável. E só através dela é que o decreto da prisão preventiva demonstra a existência do crime e a prova da autoria, assim como a necessidade dessa medida excepcional. E fundamentar a necessidade dela não se concretiza com a simples referência às hipóteses que, consoante o texto da lei, a autorizam. É preciso, sobretudo, que o juiz mencione os fatos que o convenceram da necessidade da prisão.

A esse respeito, em verdade, é categórica a doutrina, tanto que são harmônicos entre si os modernos penalistas e já o eram Galdino Siqueira e Bento de Farias, para só citar os dois. Aquele, em seu Curso de Processo Penal, na edição de 1930, afirmava:

> "Tanto a requisição como a concessão do mandado de prisão devem ser fundamentadas, deixando-se bem explícito qual das provas especificadas pela lei produz veementes indícios contra o arguído culpado e a necessidade, ou pelo menos, a conveniência da medida, quer como cautela de segurança, quer como garantia da execução da pena, quer como meio de instrução".

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, abordando a questão, põe em relevo também a opinião de Eduardo Hern, quando assinala que "não

bastam simples temores subjetivos do julgador. É necessário que os fatos sejam objetivamente determinados para que possam existir os fundamentos da prisão preventiva".

Em outras palavras: não bastam a simples repetição das palavras empregadas pela lei, se o fosse, realmente, estaríamos diante do mais violento abuso de poder. Não é cabível que haja na prisão preventiva um ato de arbítrio. O juiz tem de dizer porque decretou a prisão preventiva. Este *porque*, a razão em si da decretação, é que não pode estar ausente. Em verdade, não exige o art. 315 do Código de Processo Penal uma dissertação, uma peça literária, todo um romanceado jurídico. Mas exige a demonstração, "quantum satis", dos pressupostos legais. Não se trata, pois, da simples repetição genérica das palavras da lei — isto não é fundamentação e nem pode ser aceito como tal. É tão somente uma cópia.

É remançosa a jurisprudência nesse sentido, toda visando a anular decretos de prisão preventiva defeituosos em sua fundamentação, quanto à necessidade da medida. Geralmente, dois fatos ensejam essa precariedade de fundamentação: ou o magistrado se limita a citar genericamente que há conveniência para a aplicação da pena, instrução criminal, etc., repetindo as palavras, ou os dispositivos da lei, sem nenhuma menção a fatos concretos que provem a necessidade, ou então invoca o julgador fatos improcedentes, inajustáveis à espécie. No primeiro aspecto, como diz HELENO CLAUDIO FRAGOSO, não há motivação. No segundo, há erro ou abuso de poder na *motivação*.

E ruem, assim, os decretos de prisão preventiva. E fica o interesse social, em muitas das vezes, a descoberto, a mercê da criminalidade, cada vez mais crescente, num verdadeiro desafio aos que militam nas áreas de Segurança e Justiça.

Sucede que, além da correta exigência da fundamentação do decreto de prisão preventiva, devem os Tribunais, ao examinarem esses decretos, em grau de recurso, ou em Habeas Corpus, observarem o que vem preconizando o Supremo Tribunal Federal quanto à *motivação* da medida cautelar.

> "Embora se exija que o despacho de prisão preventiva seja fundamentado, *não se requer que ele seja bem e incensurávelmente fundamentado*, bastando que nele se consignem os elementos necessários para fundar a convicção da necessidade da prisão preventiva" (RHC nº 52.928 do Maranhão — Revista Trimestral de Jurisprudência nº 71/416-419).

A propósito, cita-se a lição de Bento de Faria:

> "Despacho fundamentado não é a mesma coisa que despacho bem fundamentado. O juiz pode fundamentar mal, porque cada um procede segundo as forças de sua inteligência e a habilidade maior ou menor de que dispunha. Portanto, desde que o despacho esteja fundamentado, ainda que porventura mal, ele extrinsecamente é perfeito, legal e não pode ser anulado. Cumpre, porém, esclarecer a lição no sentido de que a precariedade intelectual do juiz não exclui a *realidade dos fatos* que devem existir. Não basta, portanto, fundamentar simplesmente, mas fundamentar com apoio no que existe, embora manifestado sem inteligência".

A fundamentação é, pois, o ponto crucial da decretação da prisão preventiva, comportando, em consequência, toda uma preocupação de quantos são responsáveis por sua aplicação, quer requerendo ou decretando a custódia excepcional.

Por outro lado, restam algumas considerações ainda a serem feitas, da maior valia, para que se complete essa cadeia de raciocínio que envolve este estudo — ou a pretensão disto — sobre a prisão preventiva e suas implicações.

Garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal se constituem, portanto, na pedra angular sobre a qual precisa fundamentar-se a prisão preventiva. Um só desses aspectos justifica sua aplicação, desde que motivada e ajustados à espécie os fatos que ensejam essa motivação.

Demonstrar o julgador ser *necessária* a prisão preventiva para garantia da ordem pública é demonstrar ser o indiciado portador de *periculosidade*, possuir uma índole delinquencial; quer dizer ser um indivíduo que, solto, poderá vir novamente a delinquir, ou que possa vir a sofrer uma vingança por parte da vítima ou de seus familiares. E ainda: é apresentar elementos que comprovem essas características delinquenciais do acusado. Como, por exemplo, ser portador do vício de embriaguez, ter constantes gestos de agressividade com terceiros, ser uma pessoa cuja personalidade e antecedentes, como os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir. A *periculosidade* pode ser comprovada, assim, diante do próprio delito cometido, desde que evidente a intensidade do dolo e o grau da culpa, tendo em vista as circunstâncias particulares em que fora praticado, pois nelas está toda a personalidade delitiva do agente, o seu passado, a revelação do que é capaz. Além do mais, corroborando o expendido linhas atrás, a melhor doutrina e a jurisprudência vem consagrando que afronta a sociedade e à ordem pública aquele que se esconde para fugir do

flagrante e, depois, aparece. E, muitas das vezes, aparece para interferir na produção da prova, no sentido de modificá-la de modo a beneficiá-lo.

Demonstrar o julgador ser necessária a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal é deixar patente ser a medida imprescindível porquanto, sem ela, o agente intervirá na produção da prova, através de uma ação direta, ou por manobras protelatórias da ação penal. Adotada a custódia excepcional, mantém-se, inclusive, o agente acessível à Justiça, no distrito da culpa.

Assegurar a aplicação da lei é garantir a execução da pena, impedindo, com a prisão preventiva, a fuga do indiciado, uma vez demonstrada, sem a medida cautelar, ser inexequível a aplicação da pena.

Mas não basta dizer, é preciso configurar, concretamente, essa realidade.

CONCLUSÃO

São esses, em síntese, os diversos aspectos que merecem relevo ao apreciar-se a discutida aplicação da custória preventiva.

Este trabalho, correndo o risco de pecar pela fragilidade e superficialidade dos argumentos expendidos, é, antes de tudo, um grito de alerta ao Ministério Público, por sua grande responsabilidade na sistemática processual, a fim de que contribua decisivamente para que, afastada a errônea aplicação da prisão preventiva, também não se esteja sendo mais um dos muitos estímulos à criminalidade, no Brasil. Que o Ministério Público, em sendo "magistratura de pé", nas capitais e nas longínquas Comarcas espalhadas pelo interior do país, seja um porta voz incansável, infatigável do verdadeiro espírito da lei consubstanciada no capítulo DA PRISÃO PREVENTIVA, do Código de Processo Penal, que, apesar do vigorar de novas legislações, continua a ser a única medida capaz de proteger, de custodiar o interesse social, que se sobrepõe a qualquer outro direito, no instante em que é ferida a sociedade por aquele que pratica um delito contra um direito tutelado pelo Estado, sobretudo.

Em tais condições, poderia ser este trabalho mais extenso, aprofundar mais determinados pontos, todavia, o exposto conforma-me, pois creio que, do V CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de cada um que nele atuará, há de sair mais um arauto a propugnar no sentido de dar maior ênfase, dentro de suas realidades de trabalho, à *necessidade* de serem revistos os critérios que vêm sendo adotados, por muitos, para a decretação — ou não da custódia excepcional, sobretudo, considerando sua tríplice e verdadeira função.

Com esta salutar preocupação, muitas injustiças poderão ser evitadas, "ex-radice", na esfera adjetiva penal.

E não é demais lembrar-se, numa dimensão de reforço, o "princípio da confiança nos juízes próximos das pessoas em causa, dos fatos e das provas" (R.T.J., 64/47, R.T.J. 61/363, RTJ 63/402 e R.T.J. 71/418), o que fulmina muitos acórdãos que anulam decretos de prisão preventiva emanados de juízes que estão sentindo bem de perto a realidade dos fatos, que aflora do bojo dos autos que compulsa. Acórdãos assim proferidos se constituem em autêntica violação aos mais elementares fundamentos da prisão preventiva que visa proteger, custodiar o interesse público.

A prisão preventiva decorre de uma lei suprema de ordem, nunca comportando-a como fator de desordem, efetivamente. Mas ela se constitui, como toda lei de Processo Penal, num compromisso entre a Segurança e a Justiça, sem o qual torna-se difícil a coexistência entre os homens. Daí a insegurança em que vivem várias cidades, sacudidas, abaladas pelo crime, decorrendo isto, não raro, da má aplicação da lei.

Se o Ministério Público, órgão fiscalizador da aplicação da lei e representante da sociedade não se mobilizar em torno do superficialmente, apresentado neste trabalho, como forma de aplicação da prisão preventiva, a quem caberá semelhante mister?

BIBLIOGRAFIA

1. REVISTA DE DIREITO PENAL (Heleno Cláudio Fragoso).
2. O PROCESSO PENAL (Walter P. Acosta).
3. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL (E. Magalhães Noronha).
4. INSTITUIÇÕES DE PROCESSO PENAL (Hélio Tornaghi).
5. PROGRAMMA DEL CORSO DI DIRITTO CRIMINALE (Francesco Carrara).
6. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO ANOTADO (E. Espínola Filho).

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DA ORDEM DE RECUSA DE JURADOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Elias Rebello Horta Júnior
Procurador da Justiça — RGS

SUMÁRIO

1. — Considerações Gerais sobre a redação do art. 708 do Projeto de Lei nº 633, de 1975 (Código de Processo Penal).
2. — A alteração na ordem de recusações de jurados. Leis anteriores que regulavam a matéria.
3. — A inteira liberdade de cisão de julgamentos que confere, aos réus, o art. 710 do Projeto.
4. — As recusas imotivadas são o exercício legítimo da melhor escolha de jurados, pelas partes.
5. — Alguns excertos de jurisprudência sobre a forma, limitações e conseqüências das recusações peremptórias.
6. — A lei processual não pode ser o estatuto legal de "Sua Excelência o Réu".
7 — Conclusão e Proposições.

1. O Anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado pelo insigne Professor José Frederico Marques e revisto por uma subcomissão designada pelo Ministério da Justiça, publicado no Suplemento nº 88 do Diário Oficial da União, de 10 de maio de 1974, rezava em seu art. 720:

> "A medida que as cédulas forem tiradas da urna menor, o presidente as lerá, podendo *a acusação e, depois dela, a defesa recusar os sorteados* (os grifos são nossos), até três cada uma, sem dar os motivos da recusa".

E o Projeto de Lei nº 633, de 1975, conservou a mesma redação, no seu art. 708.

Como se vê, inverteu-se a ordem de precedência na recusa em que, pela lei atual, é a defesa que se manifesta em primeiro lugar, e, depois dela, a acusação.

A propósito, escreve, com muita propriedade, o eminente Câmara Leal:

> "O sistema, que algumas legislações anteriores adotam de manifestar-se primeiro o acusador e depois o acusado, nas aceitações e recusações de jurados, é mais liberal e favorável ao réu. Os que advogaram no crime sob esse regime bem o sabem por experiência própria.
>
> Muitas vezes, um jurado, cujo nome estava na lista de recusa da defesa, era recusado pela acusação, e isso vinha beneficiar ao defensor que ficava com mais uma vaga para suas recusações.
>
> O Código não seguiu esse sistema liberal, e, tendo restringido a apenas três as recusações não motivadas, determinou que a defesa se manifeste em primeiro lugar." (1.0)

Com efeito, é o que enuncia a lei processual em vigor, no parágrafo 2º do seu art. 259:

> "À medida que as cédulas forem retiradas da urna, o juiz as lerá, e a defesa, e, depois dela, a acusação poderão recusar os jurados sorteados, até três cada uma, sem dar os motivos da recusa".

Então, pergunta-se: é razoável que o futuro Código inverta essa ordem de recusações?

Acreditamos que não, sendo preferível que se mantenha o critério adotado pela lei atual, o mesmo que foi esposado pelo anteprojeto do Código de Processo Penal do insigne processualista Hélio Tornaghi, cujo art. 625 prescreve:

> "À medida que as cédulas forem tiradas da urna, o Presidente as lerá, e a defesa, e, depois dela a acusação, poderão recusar os sorteados até três cada uma, sem dar os motivos da recusa".

(1.0) — "Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro", vol. III, 1942, pág. 186 — Câmara Leal.

2. Por que teria agora, o projeto, modificado a ordem de precedência na escolha e recusa dos integrantes do conselho de sentença?

Dir-se-á que a alteração preconizada pela futura lei não afetará a situação processual. É o que parece, à primeira vista...

Galdino Siqueira, discorrendo sobre o conceito do processo criminal, ensina:

> "...É um *conjuncto de actos*, porque é da sua reunião e ordenação metódica, procedendo sempre os posteriores dos anteriores, que se pode ter mesmo *processo*, segundo sua etymologia (pro, adeante, *cedere*, ir, marchar).
>
> Cada um destes actos deve ser considerado meio não só para chegar ao fim próximo, que é o *julgamento*, como ao fim remoto, que é a *segurança constitucional dos direitos*.
>
> Devem ser *solemnes*, isto é, satisfazer determinados requisitos ou cautelas, não só para exprimir a intenção dos agentes, como para salvaguardar os motivos de ordem pública neles postos em jogo".

Prossegue o consagrado jurista:

> "Devem ser *preestabelecidas*, porque é só na *forma* preestabelecida na lei, diz João Monteiro, que reside a condição vital da authenticidade dos actos forenses, sem a qual não pode haver garantias de direitos. É por esse meio que se consegue exercer sobre os juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quasi mechanicamente, a imparcialidade." (2.0).

Sobre o sorteio de jurados que irão compor o Conselho de Sentença, ensinava o preclaro Pimenta Bueno:

> "... é um dos termos em que a instituição do jury revela, em sua plenitude, sua índole característica, e fundada na imparcialidade que deve ter o juiz sorteado, sua incerteza e nomeação casual". (2.1)

E o mesmo festejado autor, na apreciada obra referida, comentando os arts. 275 a 277 do Código de Processo Criminal, vigente à época, relativamente aos impedimentos e suspeições, após algumas considerações, conclue:

(2.0) — "Curso de Processo Criminal" — 2a. ed., 1937, pág. 2, Galdino Siqueira.
(2.1) — "Curso de Processo Criminal" — 2a. ed., 1937, pág. 446, Galdino Siqueira.

"... Em seguida, o presidente, à proporção que extrahir da urna especial as cédulas, em voz alta dirá os nomes que elas contém; e as partes, *primeiramente* o *defensor, e depois o acusador* (os grifos são nossos), aceitarão ou não o jurado recusado". (2.2.).

É no sopé da página, em um verbete sob nº 453, prossegue o insigne processualista:

"Esta ordem não foi modificada pela disposição do art. 279, § 1º do decr. nº 9.263, de 1911, porquanto ahi se tem em vista o número de recusas de que podem dispor as partes (Ac. da 3ª Câmara da Corte de Apelação, de 24 de maio de 1916)." (2.3.).

Por que teria sido introduzida a inovação, contrariando a tradição legislativa processual brasileira?

O Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul, Lei nº 24, de 05.08.98, falava de sorteio geral, de vinte cédulas que um menor extraía da urna; o art. 417 dispunha sobre o sorteio propriamente dito, de cinco jurados, também por um menor, depois de concluída a verificação da urna geral. E o art. seguinte, 418, disciplinava:

"— À medida que os jurados são sorteados, podem as partes oppôr-lhe suspeição motivada, na forma dos arts. 71 e seguintes".

A votação não era secreta, mas oral e em aberto, não podendo as partes recusar imotivadamente, daí por que não se cogitava da ordem para as recusações.

O Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, que regulava a instituição do juri, prescrevia no § 2º do seu art. 53:

"— À medida que forem as cédulas tiradas da urna por uma criança e lidas pelo juiz, o reo ou seu defensor e, depois dele, o acusador, farão suas recusações, sem as motivar, até o número de três, cada uma. Aceito o jurado por ambas as partes, o juiz o convidará a tomar assento." (3.0).

3. Por que a modificação na ordem de aceitação e recusações de jurados, pelas partes, que agora pretende implantar o futuro estatuto processual penal?

(2.2) — Idem, pág. 446

(2.3) — Idem, pág. 446

(3.0) — LEX — Coletânea de Legislação — Marginália — Dr. Pedro Vicente Bobbio — Ano II — 1938 — pág. 8.

A resposta está, sem dúvida, no art. 722 do Anteprojeto e 710 do Projeto Lei, que modificaram, também, a redação do art. 461 do Código em vigor, proporcionando à defesa — em mais uma abertura liberal e em detrimento à acusação pública — a cisão de julgamentos de processos de mais de um réu e defensor, a critério destes.

> "Art. 710 — Se os acusados forem dois ou mais, poderão incumbir das recusas um só defensor; não convindo nisso e se não coincidirem as rejeições, dar-se-á a separação dos julgamentos, prosseguindo-se somente no do acusado que houver aceito o jurado".

Será de interesse para a sociedade e para a justiça esse ilimitado poder de cisão de julgamentos conferido aos defensores?

Não acreditamos que a arrojada reforma traga vantagens à causa comum da justiça!

A nossa experiência de representante do Ministério Público por quase três décadas indica esta situação deplorável, nos processos em que ocorre co-autoria: na separação dos julgamentos, o juri aprecia e julga em primeiro lugar o réu mais humilde, mais pobre e que, via de regra, é mandatário e acaba sendo condenado; o outro, o mandante, não raro com influência social, política e econômica, justamente aquele que arquitetou o crime e que dele tirou maiores vantagens, consegue, muitas vezes, escandalosa absolvição.

Tudo se torna mais fácil e cômodo para o réu que é julgado em segundo lugar, como é óbvio. De duas uma: a defesa reclama a sua absolvição por que o co-réu foi absolvido e não é justo que pague pelo que foi feito pelo outro, pelo autor material do delito. E nesses casos, geralmente, inexiste prova testemunhal, mas somente indiciária, sendo a tese de defesa a negativa de autoria. Ou então o co-réu, o executor do homicídio foi condenado e a alegação é a de que o verdadeiro delinqüente já foi punido, não havendo interesse da sociedade em arriscar a condenação de um provável inocente. Enfim, procura-se estabelecer a dúvida perante o juri...

Mas, esses problemas transcendem às lindes do tribunal popular! Seria injusto debitar todas as imperfeições da justiça humana ao juri; mas, por certo, nele reside grande parte delas.

O inolvidável João Mendes de Almeida Júnior, defendendo o direito dos réus pleiteou a separação de julgamentos — no que criticou a posição assumida pelo insigne Pimenta Bueno que era contra — discutindo o art. 276 do Código de Processo Penal da época; assim se manifestou:

> "Ele ataca essa faculdade, porque não só "prejudica os esclarecimentos que resultam do exame conjunto

dos sócios do crime, como ministra ocasião para sentenças dissonantes ou contraditórias", e além disso, "poderia ser tal o número de réus, que se tornasse difícil dar doze recusações a cada uma." (4.0.).

João Mendes passa a refutar as objeções, dizendo que o primeiro argumento parte da falsa impressão de que o interrogatório do réu seja peça de acusação, quando o é de defesa, e não poderia ser diferente e nem sujeitar os acusados à acareação. A segunda crítica coloca a justeza do julgamento na dependência pura e simples de seu resultado, sem atentar para o princípio da plenitude de defesa. E o último argumento parte da pretensa vantagem de sentenças que sejam, obrigatoriamente, conformes, ainda que injustas. E assevera, o grande professor paulista, que é preferível que as sentenças sejam contraditórias, mas desde que uma delas seja justa.

A propósito dos critérios adotados pelo antigo Código de Processo Penal de nosso Estado (Rio Grande do Sul), escreveu o festejado processualista:

> "... chegou até a obolir francamente a recusação não motivada, o voto secreto e o protesto por novo julgamento;" (4.1).

E citando Pimenta Bueno, ao fazer a crítica do sistema de alistamento e sorteio de jurados, asseverou João Mendes:

> "1º Que as recusações peremptórias, isto é, não motivadas, são da *essência* do júri, visto que podem haver ódios, antipatias, prevenções que não se possam provar, e mesmo explicar, e que, exercendo sobre o espírito das partes impressões aflitivas, diminuam ou destruam a confiança na justiça; e esta regra, consagrada na história da jurisprudência (Sore et urna judicium assignat) et licet exclamare hunc nolo), está também adotada em todas as legislações estrangeiras e, em algumas, com maior latitude do que na nossa." (4.2)

O consagrado mestre, logo a seguir, fala sobre as recusas motivadas, por parentesco, amizade ou inimizade, passando a referir-se ao sistema inglês de recusação universal (challige to the array).

E sobre a ordem assumida pelas partes para exercitar o direito de recusas, escreve:

(4.0) — "O Processo Criminal Brasileiro" João Mendes de Almeida Júnior, vol. II, 4a. ed., 1959, pág. 386.

(4.1) — Idem, pág. 382.

(4.2) — op. cit., pág. 385.

"... à medida que o nome de cada jurado fosse lido pelo juiz, *fariam o acusado e o acusador suas recusações* (grifamos) sem que as motivarem; o acusado poderia recusar 12, e *o acusador, depois dele* (grifamos novamente), outros 12." (art. 275 do Cód. de Proc. Penal, Decr. nº 848, de 11.10.890). (4.3)

Mas, como já acentuamos, somos daqueles que reconhecem o indiscutível direito das partes de fazerem uso de recusações peremptórias, imotivadas.

Jamais pretendemos ir tão longe — como o foram Pinto da Rocha, Loubert e outros —, reprovando as rejeições peremptórias de jurados, ao sustentarem que as recusações "... não são um característico essencial do jury. Este continuará a existir e funccionar perfeitamente, ainda que seja abolida aquella formalidade que, até hoje, tem sido simplismente prejudicial." (5.0)

Souza Neto escreveu, referindo-se ao júri de economia popular:

"... Na ocasião do sorteio, pode ser que uma das partes, *defensor ou promotor,* (grifamos) queira *recusar* algum jurado. A lei atual não fala em recusa, não se devendo, entretanto, em virtude desse silêncio, concluir que desapareceu o direito de recusar jurado, como não foi abolida a incomunicabilidade dos jurados. O direito de recusar é tradicional, entendendo alguns mestres do processo que é fundamental na instituição do júri. Rui Barbosa, citado por Espínola Filho, é dessa opinião: "O direito às recusações peremptórias é ingênito ao júri e dele inseparável; nasceu com a instituição, com ela existiu sempre, e, a ela inerente, a acompanha por toda parte". (6.0)

4. É inegável que as recusas imotivadas são o exercício legítimo da melhor escolha pelas partes. Mas, no exercício dessa escolha, deve o Ministério Público falar em segundo lugar, resguardando-se, por outro lado, o indiscutível direito da defesa, em certos casos, de proceder à separação de julgamento que sejam conflitantes.

Do contrário, falando a defesa em último lugar na escolha dos jurados, estaria sempre em inferioridade o representante da sociedade, no júri. Pelo menos, é isto que nos ensinou a experiência judiciária durante longos anos...

(4.3) — op. cit., pág. 384.

(5.0) — Pinto da Rocha — "O Jury e sua Evolução — 1919, pág. 125.

(6.0) — "Juri de Economia Popular" — Souza Neto — Edição Revista Forense — 1952 — págs. 177/78.

E como "O papel da justiça é o de fortalecer a sociedade pela aplicação das leis, e o apertar o laço social", (7.0), como dizia Fabreguettes, já que "a lição dos exemplos vale mais do que a dos preceitos", como ponderava La Rochefoucauld (7.1), não vemos por que alterar-se a ordem tradicional das recusações perante o Tribunal Popular.

Poderiam os adeptos da modificação na ordem de recusa de jurados argumentar que, a persistir a redação do art. 461 do código em vigor, a acusação poderá querendo, evitar sempre a cisão de julgamentos. Basta que o promotor acompanhe um dos defensores e recuse exatamente os jurados que ele haja recusado e os réus seriam envolvidos por único julgamento.

É verdade. E, justamente, por isso, concordamos que a separação dos julgamentos seja direito que deva ser creditado aos réus, estabelecendo a lei uma ordem equitativa para os acusados serem submetidos a julgamento.

Seria o caso de usar-se a ordem prevista no art. 431, do Código de Processo Penal, para a organização da pauta de julgamento, dando-se ao réu que tenha mais direito a faculdade de ser julgado em primeiro, ou em último lugar, à sua escolha.

E mais. Esse direito de opção deveria ser exercitado antes do início do sorteio, toda vez que os defensores deixassem de combinar que um só deles iria se encarregar das recusas. Quer dizer, a separação ou não dos julgamentos deveria ser decidida antes do sorteio, entre os réus e seus defensores, evitando-se especulações posteriores.

Existem até os que vão mais longe, entendendo que o julgamento pelo Tribunal do Júri deve ser considerado um direito renunciável pelo acusado, a despeito de tratar-se de crime doloso contra a vida.

É o que sustenta Gilberto Niederauer Corrêa, em artigo intitulado "Da Renunciabilidade ao Julgamento pelo Júri", onde afirma:

> "Nessas condições, entendo que pode melhor servir aos interesses do acusado, assegurar-lhe o direito individual de proferir o Tribunal do Júri ou o Juiz togado, ambos da Justiça comum, para a prestação jurisdicional que decide sobre a imputação do crime doloso contra a vida.
>
> Para melhor assegurar o direito, não se lhe exigirá que opte pelo Júri, como entendo possível, senão

(7.0) — "A Lógica Judiciária e a Arte de Julgar", ed. de 1914, M. P. Fabreguettes, pág. 22.
(7.1) — Idem, pág. 23.

que o repudie, por ocasião da defesa preliminar, sendo a renúncia reduzida a termo, assinado pelo próprio acusado ou procurador com poderes especiais". (8.0)

Mas, como dizíamos, não concordando os defensores que um deles se encarregue das recusas imotivadas de todos (sempre manifestando-se antes do Ministério Público), que sejam separados os julgamentos, se assim o preferirem.

O que não é legal e justo é conferir-se mais de três recusas imotivadas aos réus de um mesmo processo. Tal maneira de agir, além de estabelecer flagrante inferioridade a uma das partes, à acusação pública, pode criar — como o tem acontecido na prática — a impossibilidade de número suficiente de jurados para o sorteio e realização da sessão de julgamento.

Basta lembrar que o art. 442 do Código de Processo Penal manda que seja instalada a sessão desde que compareçam pelo menos quinze (15) jurados. Suponhamos que dois réus usem cada um três recusas; com mais três da acusação, serão nove as recusas imotivadas. Conclusão: dos quinze jurados sobraram seis, tornando-se impossível a continuação dos trabalhos de julgamento. E se os acusados forem três ou quatro? A fórmula que sugerimos garantirá que um ou mais réus possam ser — com a cisão discutida antes do sorteio — desde logo julgados, evitando-se a procrastinação do processo.

5. Deve-se ressaltar, ainda, que no § 2º do art. 459, a lei processual em vigor fala em *defesa* e *acusação* que "poderão recusar os jurados sorteados, até três cada uma, sem dar os motivos da recusa", e não em defensores com maior número de recusas.

Aliás, no mesmo sentido disciplinava a lei anterior, como salienta o preclaro Espínola Filho:

> "A lei do júri, de 1938, no art. 53, § 2º, ordenava que, tirada a cédula e lido o nome do jurado, o juiz consultasse, sobre a aceitação, o réu ou o seu defensor. O art. 459, § 2º, do Código atual precisou que, embora se refira, como vimos, ao réu a recusação, deverá manifestar-se o advogado dele, ou, dos seus advogados, o que for incumbido disso: " defesa e, depois dela, a acusação poderão recusar os jurados sorteados..." (9.0)

(8.0) — Revista da Faculdade de Direito — Univ. de Passo Fundo — R. S. — vol. II — ano XVIII — 1972 — pág. 143.

(9.0) — "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro" — J. M. de Carvalho Santos, com a colaboração de diversos juristas, vol. XXX, editor Borsoi, pág. 192.

A propósito, na Apelação Crime nº 22.687, em acórdão de 5 de dezembro de 1962, sendo relator o Des. Mário Boa Nova Rosa, a egrégia 2ª Câmara Criminal anulou um julgamento do tribunal do júri de Cacequi, por deficiência na escolha dos jurados.

Diz a certa altura o aresto:

> "...É nulo o julgamento de Teclo Lopes dos Santos, porque lhe foi permitido recusar peremptoriamente, seis (6) jurados (fls. 324 v.); quando a lei, com clareza solar (C.P.P., art. 459, § 2º), só concede a cada uma das partes, primeiro a defesa (embora sejam dois ou mais réus) e, depois dela, a acusação (excluída a assistência), três (3) recusas imotivadas. No caso, a recusação ilegal foi feita quando ainda não havia sido determinada a cisão do julgamento dos dois co-réus; o que explica, mas não justifica a irregularidade, que importou em nulidade, por defeituosa constituição do conselho julgador. A abusiva intervenção da defesa no sorteio dos juízes de fato pode ter influído na decisão da causa, eis que houve quesitos respondidos por quatro votos contra três". (10.0)

E agora veja-se este outro acórdão, também da egrégia 2ª Câmara Criminal do colendo Tribunal de Justiça Gaúcho, onde se lê, entre outras, a seguinte passagem:

> "... "In casu", não se sabe se o defensor de um dos co-réus, depois de completado o número de impugnações a que tinha direito, foi ouvido sobre os jurados a seguir contemplados pelo sorteio. Se o foi, nulo é o julgamento, porque houve mais de três recusas sem motivação; se não o foi e como o jurados não recusado pelo defensor de um dos co-réus poderia decidir em prejuízo da defesa contraposta do outro, ocorreu da mesma sorte a nulidade, porque deveria ter sido feita a cisão dos julgamentos". (10.1)

Não há dúvida quanto ao número de recusações peremptórias para cada parte e bem assim quanto à ordem de manifestação, falando sempre a defesa antes e a acusação depois.

Veja-se o que escreveu a respeito o brilhante professor paulista, Fernando da Costa Tourinho Filho:

(10.0) — "Revista Jurídica" — vol. 65, pág. 292.
(10.1) — "Revista Jurídica" vol. 72 — 1965 — pág. 278.

"... Se forem dois ou mais réus, com o mesmo advogado, as recusas peremptórias não podem exceder a três. E se tiverem eles advogados distintos? Depende: se houver acordo entre eles e um advogado apenas se incumbir das recusas, estas não poderão também exceder a três. Do contrário, cada defensor poderá recusar até três jurados imotivadamente. Isto acontecendo, se as recusas coincidirem não haverá problema. Se não houver coincidência, far-se-á a separação do julgamento, realizando-se por primeiro o julgamento do réu que aceitou o jurado, salvo se está, aceito por um e recusado pelo outro for também recusado pela acusação (art. 461). No primeiro dia desimpedido, o réu que deu causa à separação dos julgamentos será julgado". (11.0)

Cumpre salientar que o eminente Magarino Torres, com o prestígio de oito anos de experiência, como Presidente do Tribunal do Júri do Rio, citado por Espínola Filho, reconhecendo a posição de inferioridade a que foi relegado o Ministério Público pela lei, nessa matéria de recusações de jurados, chegou a sugerir:

"Vale a parte final do texto (refere-se ao art. 55 do Decr.-Lei nº 167, *in fine*) como providência salutar para evitar-se o mal da separação dos processos; mas providência à oculta de sérios interesses confiados ao Ministério Público, que terá de esgotar recusações nesse propósito apenas de neutralização de manejos de defesa. Já bastava a impossibilidade em que se encontra a acusação de promover a separação de julgamentos, embora politicamente lhe conviesse alguma vez... Mas exigir o sacrifício de recusações só para evitar manobra que a própria lei devia cercear, pelos malefícios públicos que acarreta (além do embuste dos jurados, pela defesa consistente em acusação ao co-réu, adiado ou julgado antes), não é de sábia legislação. Impunha-se, na hipótese da divergência entre os réus sobre a admissão de algum jurado, conceder ao ministério público o direito de excluí-lo, sem prejuízo das três recusações legais". (12.0)

Funcionamos como Promotor Público em um caso, perante o júri de Porto Alegre, em que a egrégia Câmara Criminal Especial do

---

(11.0) — "Processo Penal" — Fernando da Costa Tourinho Filho — vol. 4 1975 — pág. 36.
(12.0) — "Código de Processo Penal" — Eduardo Espínola Filho — Vol. IV — 2a. ed , pág. 489.

Tribunal de Justiça gaúcho anulou o julgamento de dois co-réus que haviam sido condenados.

Ocorre que, ao pretender um dos defensores fazer uso da quarta recusa imotivada sendo de salientar que as três recusas efetuadas foram relativas aos mesmos jurados, tanto para a defesa, como para a acusação — nós impugnamos o pedido e com isso evitamos a cisão do julgamento.

O Tribunal, apreciando a apelação, entendeu que houve cerceamento de defesa, e mandou os réus a novo julgamento, por que as defesas dos réus foram consideradas inconciliáveis, o que impunha a separação do julgamento, como foi requerido.

6. É por isso que sustentamos, sem medo de errar: o que levou o futuro legislador a alterar a ordem na recusa imotivada dos jurados, passando a acusação a falar em primeiro lugar, foi a preocupação de garantir a efetiva separação dos julgamentos, sempre que isso convenha às defesas, quer sejam antagônicas ou não.

Da forma como se redigiu àquele dispositivo, data venia, além de ter sido dado carta branca aos réus sobre a oportunidade de cisão de julgamentos, retirou-se ainda uma prerrogativa histórica e tradicional do Ministério Público, do representante da sociedade, que fala em segundo lugar, pela lei atual, como vimos.

Não se justifica, portanto, a extremamente liberal redação do art. 708 do Projeto.

Da forma como está disciplinada essa matéria, poder-se-á dizer que a futura lei processual penal passará a ser o estatuto legal de "Sua Excelência o Réu", parafraseando-se a expressão usada pelo eminente jurista Astolfo de Rezende.

7. CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES

Concluindo este nosso modesto e despretencioso trabalho, apresentamos nossa sugestão sobre como deveriam ser redigidos os arts. 708 e 710, do Projeto-Lei nº 633/75, futuro Código de Processo Penal.

Acreditamos que, garantindo-se aos réus a livre oportunidade de separação de julgamentos, quando sejam colidentes as defesas, estará resguardado o interesse comum das partes na escolha dos jurados, sem necessidade de deixar-se a acusação pública em posição de inferioridade, e respeitando-se o "quorum" legal de três recusas imotivadas, para cada um.

> Art. 708 — À medida que as cédulas forem tiradas da urna menor, o presidente as lerá, podendo a defesa, e, depois dela, a acusação recusar os sorteados, até três cada um, sem dar os motivos da recusa.

Os parágrafos 1º e 2º seriam mantidos, com a mesma redação.

Art. 710 — Se os acusados forem dois ou mais, poderão incumbir-se das recusas um só defensor, o que deverá ser decidido antes do sorteio.

§ único — Não convindo nisso, dar-se-á a separação dos julgamentos, prosseguindo-se no dos acusados mais antigos na prisão, no dos que estejam há mais tempo pronunciados, ou, em igualdade de condições, após ouvidas a acusação e a defesa, na forma, que for determinada pelo presidente dos trabalhos.

BIBLIOGRAFIA

1. — CÂMARA LEAL — Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro — vol. III, pág. 186.

2. — GALDINO SIQUEIRA — Curso de Processo Criminal — págs. 2 e 446.

3. — PEDRO VICENTE BOBBIO — LEX — Coletânea de Legislação — Ano II — 1938 — pág. 8.

4. — JOÃO MENDES DE ALMEIDA JR. — O Processo Criminal Brasileiro, vol. II, págs. 382, 384, 285 e 386.

5. — PINTO DA ROCHA — O Júri e sua Evolução — pág. 125.

6. — SOUZA NETO — Júri da Economia Popular — Edição Revista Forense — págs. 177 e 178.

7. — M. P. FABREGUETTES — A Lógica Judiciária e a Arte de Julgar — págs. 22 e 23.

8. — GILBERTO NIEDERAUER CORRÊA — Revista da Faculdade de Direito de Passo Fundo, R. S. vol. II, Ano XVIII, pág. 143.

9 — J. M. DE CARVALHO SANTOS — Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro — vol. XXX, pág. 192.

10. — REVISTA JURÍDICA — vols. 65/292 e 72/278.

11. — FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO — Processo Penal — vol. 4, pág. 36.

12. — EDUARDO ESPÍNOLA FILHO — Código de Processo Penal — vol. IV, pág. 489.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

PRISÃO EM FLAGRANTE E LIBERDADE DA NOVA LEI

Oscar Xavier de Freitas
Procurador da Justiça — São Paulo

A lei 6.416, de 24.5.77, dispôs que a prisão em flagrante não deve ser mantida se desnecessária — segundo os critérios estabelecidos para a prisão preventiva — e fez da liberdade provisória sem fiança a sua contracautela natural. A liberdade sem fiança, disciplinada inicialmente para casos excepcionais (art. 310 do C.P.P.) acabou por sobrepor-se à própria contracautela constitucional de liberdade afiançada. Esta, sob certo aspecto, em relação à outra, transmudou-se em medida substancialmente subsidiária para substituir a prisão em flagrante.

Na prática, com o novo sistema, nem sempre será fácil distinguir com nitidez os limites para a aplicação de cada uma das medidas contracautelares que ficam na dependência do grau de conhecimento da necessidade da prisão, muitas vezes condicionado à oportunidade processual. A lei não prevê, além deste, nenhum outro critério individualizador para as medidas destinadas a substituir a prisão.

A regra geral para a substituição vem inscrita no parágrafo único, acrescido ao art. 310 do Código de Processo Penal. Se inocorrerem as hipóteses que autorizam a prisão preventiva deve ser concedida ao réu preso em flagrante a liberdade provisória sem fiança com a única obrigação de comparecer a todos os atos do processo. Significa que, em princípio, demonstrada a desnecessidade da prisão, o réu preso em flagrante fica submetido a esta medida menos restritiva, independentemente de ser o crime afiançável ou não. No entanto, se o crime for afiançável e, portanto, menos grave — e aqui a lei é aparentemente contraditória — o preso pode prestar fiança, fi-

cando sujeito a maiores restrições. A aparente incongruência é explicável pela diversidade de critérios para a concessão de uma ou de outra das medidas substitutivas da prisão. A fiança nos crimes punidos com detenção ou prisão simples deve ser arbitrada, desde logo, pela autoridade que preside o flagrante e nos demais casos do art. 323 — isto é nos casos ali não vedados, excluído o anterior — deve ser requerida ao juiz que a decidirá em 48 horas. Este procedimento prescinde da audiência do Ministério Público que deve ser intimado somente da decisão, nos termos do art. 333 do C.P.P., para o efeito, inclusive, de recorrer (art. 581, II, com nova redação). Por esta forma, nos crimes menos graves, isto é, nos afiançáveis, o preso pode ser restituído, sem demora à liberdade, decidida em procedimento sumaríssimo. Já a liberdade sem fiança é decidida em procedimento menos sumário em que o juiz não está sujeito a prazos especiais e o Ministério Público é ouvido previamente, podendo impugnar a pretensão e, obviamente, requerer esclarecimentos complementares (art. 310 "caput"). Assim, nos crimes particularmente graves, inafiançáveis, a prisão em flagrante prolonga-se mais no tempo porque o juiz decide em procedimento menos simplificado. Donde se conclui que para a liberdade sem fiança se exige maiores cautelas. Está claro que a simples urgência com que se defere a medida não seria razão suficiente para impor ao preso por crime menos grave os severos constrangimentos previstos para a liberdade com fiança — além do depósito do valor, as obrigações de não mudar de residência sem prévia permissão da autoridade ou dela se ausentar por mais de oito dias sem anterior comunicação, além das do art. 341 — enquanto nos crimes particularmente graves, só porque a decisão é mais demorada, o réu deve ficar em liberdade quase sem restrições, somente com as do art. 310 "caput". A diferença só pode estar na qualidade da decisão que se relaciona com a natureza mais ou menos sumária do processo de conhecimento. O exame comparado do inciso IV, acrescido ao art. 324, com o parágrafo único do art. 310 mostra como diferem em qualidade as decisões, segundo digam respeito a uma ou outra contracautela, sujeitas a procedimentos diferentes.

O art. 324, IV, diz que não se concede a fiança "quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva". Isto significa que se, à vista do flagrante, forem verificáveis os motivos pelos quais se decreta a preventiva, a prisão em flagrante deve permanecer. Mas, se ao contrário estes motivos não estiverem presentes — e podem existir sem que estejam desde logo presentes — a fiança deve ser concedida. A não presença dos motivos equivale, assim, à falta de elementos de avaliação. Portanto, quando não possa concluir pela desnecessidade da prisão, considerada a menor gravidade do crime e as restrições a que se sujeita o réu, o juiz concede a fiança. Assim procede à falta de maiores elementos de convicção, segundo o estado do processo. Isto não exclui a possibilidade de ser

concedida ao réu afiançado a liberdade sem fiança, em decisão mais qualificada, pois esta é a regra geral para todos os crimes. Com a liberdade provisória sem fiança se procede diversamente porque a sua concessão pressupõe um grau maior de conhecimento. Dispõe o parágrafo único do art. 310 que ela será concedida "quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva". Aqui não se diz, como no caso da fiança, que o juiz deva negar a liberdade se demonstrada a necessidade da prisão, isto é, "quando presentes os motivos". A concessão depende da verificação da inocorrência das hipóteses que autorizam a preventiva. A ausência de elementos não bastam para a liberdade sem fiança, como ocorre com a liberdade afiançada. Esta só se nega se presentes, desde logo, os motivos que fazem da prisão uma necessidade enquanto a outra não se concede enquanto não verificada a inocorrência de hipóteses que a tornem desnecessária. A desnecessidade deve ficar demonstrada e, por isso, a liberdade é decidida em procedimento menos simplificado, com maiores qualidades de indagação. Se não verificada a inocorrência daquelas hipóteses a prisão em flagrante é mantida, o que não impede o seu relaxamento, em qualquer tempo, desde que venha a se revelar desnecessária.

Em suma. A liberdade sem fiança deve ser concedida em crimes afiançáveis ou inafiançáveis, desde que excluídas as hipóteses de necessidade da prisão que se tornara exigível pelas circunstâncias da flagrância. A liberdade com fiança é deferida independentemente de um juízo de certeza quanto à sua desnecessidade porque, com as restrições que a acompanham e em se tratando de crimes menos graves, pode substituir a própria prisão necessária. A concepção da fiança como substituta da prisão necessária não é nova e tem precedente em recente elaboração legislativa. O projeto de Código de Processo Penal do Professor Frederico Marques, aliás dentro de um sistema individualizador bastante superior, contém disposições nesse sentido (art. 506 e outros).

Concluindo, o réu preso por crime menos grave pode obter, desde logo, a liberdade, mediante fiança, em sede de procedimento sumário, mesmo não demonstrada a desnecessidade da prisão que somente deve ser mantida se a necessidade for manifesta. Mas, não impede que em decisão qualificada o afiançado possa obter a liberdade sem fiança. O preso por crime inafiançável só pode obter a liberdade sem fiança em procedimento menos sumário se demonstrada a desnecessidade da prisão. Em um caso o juízo é positivo, em outro é negativo. A diferença para a concessão de uma ou outra espécie de contracautela está no grau de conhecimento da necessidade da prisão. Em outros termos, é possível dizer que nos crimes inafiançáveis o réu aguarda preso a decisão sobre a sua pretensão de liber-

dade enquanto nos crimes afiançáveis aguarda solto, mas afiançado, essa mesma pretensão de liberdade sem fiança, se já não fora excluída pela manifesta necessidade da prisão que elide a própria fiança.

Esta exegese que concilia as disposições relativas às contracautelas de liberdade sem controverter os fundamentos jurídicos da prisão em flagrante importa em concluir que esta será mantida se, à falta de elementos de avaliação, não for possível aferir a sua necessidade. Mas, de outro lado, demonstrada a desnecessidade, a liberdade provisória disciplinada no art. 310 do C.P.P., deve ser concedida em infrações afiançáveis ou inafiançáveis. Enquanto isso, o preso por infração afiançável, para evitar a prisão desnecessária, se a necessidade, não for manifesta, obtém a liberdade afiançada em procedimento sumário para pleitear, em procedimento menos simplificado, se for o caso, a liberdade provisória sem fiança.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O TRIBUNAL DO JÚRI

Antônio Claret de Lima
Promotor Público — Minas Gerais

1 — INTRODUÇÃO

Instituição das mais antigas, tendo as suas raízes florecido na cultura greco-romana, o júri, dobrando o tempo e o espaço chegou até nossos dias. "Porém como instituição com características definidas, nasceu na Inglaterra, feito à semelhança do primitivo júri greco-romano." (1).

Surgiu o júri entre nós, através da Lei de 18 de junho de 1822, julgando crimes de imprensa. "Em 18 de junho de 1822, D. Pedro instituiu um tribunal de juízes de fato composto de vinte e quatro cidadãos para julgamento das causas de abuso de liberdade de imprensa, competindo sua nomeação, na corte, ao Corregedor do Crime, que serveria de juiz de direito, nas províncias que tivessem Relação, ao ouvidor do crime, que presidiria o julgamento; e nas demais províncias ao ouvidor da comarca. Aos réus se facultava a recusa de dezesseis juízes funcionando o conselho com oito juízes de fato e seu presidente." (2).

Após sofrer várias mutações, quer de caráter intrínseco como extrínseco, através de preceitos constitucionais, leis, decretos e regulamentos — o júri, desponta, atualmente, julgando os crimes dolosos contra a vida. Consagra-o, hoje, a Emenda Constitucional nº 1 de 17.10.1969, no art. 153 § 18.

2 — O REFLEXO DA DEMOCRACIA

Para os seus mais ardentes e inúmeros defensores, a instituição do júri é a mais alta expressão democrática, permitindo que o

cidadão seja julgado por seus iguais. Entendendo, ainda, que sete indivíduos de moral ilibada, irão restabelecer a ordem tumultuada pelo crime de maneira mais humana e sem ficarem amarrados às inflexíveis normas legais, de vez que sete indivíduos irão sentir na própria carne se aquele fato criminoso ofendeu ou não a sociedade, sendo a decisão do júri, uma espécie de brado popular, deixando transparecer o sentimento do povo. "Muitas vezes o legislador se divorcia da vontade popular e o tribunal leigo corrige as distorções." (3).

3 — A INSTITUIÇÃO FALIDA

Em que pese o brilho e a sapiência de uma plêiade de juristas ilustres, defendendo brava e ardentemente o Tribunal do Júri, esposamos ponto de vista contrário, pugnando pela sua extinção em nosso Direito.

O Direito — ciência dinâmica e social — precisa evoluir no tempo e no espaço para melhor distribuir a justiça e dinamizá-la.

O que era necessário no século passado, pode tornar-se velharia imprestável nos dias atuais; o que é bom para um país pode não o ser para outro. Devemos ter os pés fincados na realidade nacional e analisarmos os fatos à luz dos acontecimentos atuais, procurando equacionar à norma ao crime, e extraindo deste paralelo uma ilação pontilhada de bom senso e justiça.

O Tribunal do Júri é uma instituição falida. A proposição é odiosa, mas assim o sentimos e entendemos.

Vejamos:

3.1 — *Os Juízes leigos*

Julgar é uma das tarefas mais árduas e difíceis. Requer, além do conhecimento, equilíbrio, independência, serenidade e humildade. E o Direito exige de um Magistrado — bacharel concursado — além de conhecimentos de Direito Penal, conhecimentos de Psicologia, Sociologia, Medicina Legal e uma profunda cultura humanística. E falho e humano, muitas vezes o Magistrado, incide em erros, cometendo injustiças. E o que diremos dos juízes leigos? Principalmente nas nossas comarcas interioranas de baixo nível cultural? Como fazê-los entender pelo espaço de duas ou três horas o que vem a ser tentativa, autoria incerta, coação irresistível, se até os mestres do Direito discutem as suas problemáticas, ora filiando-se a esta ou aquela corrente doutrinária?

E o fato e o direito são irmãos gêmeos e inseparáveis, para julgar é mister entender do fato e do direito, a fim de se chegar a uma conclusão lógica e tranqüila. E dizer que o júri julga somente o fato é uma ilusão. "Não é verdade: o fato dificilmente se separa do direito." (4).

E muitas vezes, os juízes leigos não entendem nem o fato, que dirá o direito? Já tivemos a oportunidade de observar, através da expressão fisionômica de um jurado, após detalhadas explicações do Magistrado, que ele não havia entendido o conteúdo de um quesito, e nervoso e acanhado para pedir explicações, depositou a cédula na urna...

E aquele caso assombroso de um velho jurado que no momento de votar, embaralhava as cédulas nas mãos, com os olhos fitos na imagem do crucificado, pedindo-lhe que o guiasse a fazer "justiça"...

Como confiar tão grande tarefa a homens, embora bem intencionados na sua maioria, mas totalmente despreparados? Dir-se-á que a instituição tem se saído a contento nas capitais e nos grandes centros urbanos. Não há dúvidas. Mas nas grandes urbes a realidade é outra: jurados esclarecidos e de alto índice cultural e isentos de sentimentos de amizade ou de antipatia para com o réu e a vítima e seus familiares. E as nossas comarcas interioranas?

3.2 — *Instrumento Político-Capitalista*

A instituição é objeto protetivo de uma classe burguesa. Dificilmente se julga o autor de um homicídio, mas o fazendeiro Fulano ou o filho do dr. Sicrano.

As influências são as mais diversas.

Em uma pequena cidade do interior quem não deve favores ao dr. Sicrano? Quem não alimenta simpatias pelo político Beltrano? Quem não conhece ou mantém relações de amizade com a família do fazendeiro Fulano de Tal, de estirpe tradicional na cidade?

O crime pode ser o mais bárbaro e abjeto, mas se o seu autor for politicamente protegido ou gozar de uma situação econômica estável, será fatalmente absolvido.

E a recíproca também é verdadeira. Um pobre diabo, antipático aos olhos da sociedade, arrastará duras penas pela vida a fora. Será pré-julgado pelos seus iguais sem nenhum privilégio ou piedade.

3.3 — *Incentivo Indireto à Prática Homicida*

Na nossa luta como Promotor de Justiça, tivemos uma experiência desagradável.

Em nossa comarca, dois delitos foram cometidos quase que contemporaneamente: um homicídio e uma lesão corporal de natureza grave — ambos levados a efeito em situações bárbaras e primárias. O primeiro acusado foi absolvido pelo júri, sob o pálio da legítima defesa; e o segundo, foi condenado pelo Magistrado a dois anos de reclusão.

Em diálogo com um velho jurisdicionado a respeito, ele me relatou que conversando com o recluso, este lamentou não ter matado também o seu desafeto...

E razão assiste ao saudoso mestre, quando bradava de sua cátedra que "O famigerado Tribunal do Júri, osso de megatério que persiste em ligar a repressão penal e regime democrático, redundou, pela sua incompetência e frouxidão, em fator indireto de criminalidade." (5).

3.4 — *A Posição Humilhante do Réu*

Um ser humano cabisbaixo e sentado entre dois policiais. Todas as atenções a ele se convergem. A "roupa suja" é lavada e relavada, muitas vezes de maneira sádica e outras vezes de maneira demagógica. Os circunstantes se acotovelam. Todos querem ver aquele que infringiu uma norma legal.

E a acusação desce sobre ele, depois a defesa. O fato criminoso é vivido e revivido em todos os seus ângulos e matises.

As emoções do homem são testificadas. Como estará o seu aparelho psíquico? São momentos de angústias, são horas de tormentos.

E os sentimentos emotivos do réu foram mastigados, deglutidos e vomitados, passando por diversas provas, martirisando-o emocionalmente. E ninguém possui o direito de triturar e ruminar as emoções alheias. É algo descaridoso e cruel.

Verdadeiramente humilhante e desumana a situação do réu perante o Tribunal do Júri.

4 — A INJUSTIÇA GERA O CAOS

A superada instituição do júri, atualmente, não há mais razão de ser. Os seus mais ardentes defensores bradam contra tudo e contra todos no afã de trazer sempre impunes temíveis bandoleiros que demonstram não ter nenhum respeito pela vida humana; de proteger sinistros cangaceiros que executam as empreitadas mais hediondas — enfim, os crimes mais bárbaros e revoltantes recebem a complacência escandalosa dos juízes leigos.

E um juiz togado, com longos anos de estudo, equilibrado e menos envolvido às injunções e cambalachos é taxado de severo e duro. E "afirmam que o júri, julgando o criminoso, não o crime, e não estando adstrito ao critério legal e às prevenções do juiz profissional, é capaz de humanizar a pena e melhor discernir sobre quais os réus merecedores de pena." (6) Contudo, "é questão de termos ou palavras: onde se diz severidade, deve ler-se justiça." (7) E "repele-se também o magistrado profissional, em favor do juiz leigo, sob a alegação de que aquele, afeito ao ofício de julgar, encara os casos criminais com maior rigidez e menos benignidade. Este argumento, po-

rém, não está bem posto em suas premissas. O que em verdade se critica na justiça togada, não é a sua conduta, mas, em última análise, o seu repúdio consciente à impunidade, que tão facilmente campeia nos tribunais populares." (8)

Outros procuram justificar a instituição do júri, alegando que a justiça togada é tão impotente e tão falha como o Tribunal do Júri. "Porventura é o tribunal do júri responsável pela récula de ladrões, traficantes de entorpecentes, estalionatários e assaltantes que andam por aí à solta? Alguém terá coragem de atribuir ao júri a responsabilidade pela delinqüência juvenil? Saibam os juízes recrutar cidadãos idôneos para integrarem o tribunal do júri e muitos senões poderão ser corrigidos." (9)

Ora, "data venia", é querer justificar um erro com outro. O problema de combate à criminalidade é um problema de estrutura social, e se a nossa justiça for oferecida as necessárias condições de imprimir maiores velocidades aos processos, libertando-os das amarras da morosidade; se a nossa força policial receber maiores meios para combater a criminalidade, este terrível flagelo será atacado com muito mais eficiência.

E é muito mais fácil recrutar juízes togados idôneos que juízes leigos idôneos.

São muitas as evasivas para acobertar os erros clamorosos e muitas vezes propositados de uma instituição retrógada e sempre pronta para satisfazer os apetites de uma platéia gulosa de um espetáculo teatral, com debates acalorados e trespassados de adjetivos coloridos numa oratória supina e majestosa. E a justiça vai perdendo o seu crédito e a sua majestade perante a opinião pública.

E a apregoada instituição, refletindo a democracia e valorizando-a, transformou-se em um instrumento anti-democrático e perigoso, porque jogado em mãos de juízes leigos, despreparados intelectual e moralmente, vêm condenando de maneira implacável os desafortunados e antipáticos aos olhos da sociedade, e protegendo os bafejados pela fortuna, os afilhados da politicalha local, navegando nas águas traiçoeiras de demagógicas teses jurídicas, violentando aberta e escandalosamente a lei e a prova dos autos, deixando impunes bandoleiros cínicos e insensíveis. Que democracia é esta que julga os iguais de maneira desigual? E, "O liberalismo democrático com que se enfeita a conservação do júri é de pura fachada. Por que só para os crimes dolosos contra a vida esse liberalismo? Por que não o estender aos ladrões, aos estelionatários, aos deliqüentes sexuais, etc? Chegamos ao extremo da contradição: se o agressor fere gravemente a vítima, é julgado pelo juiz singular; se mata assiste-lhe o direito ao julgamento "liberal". Mas porque essa diferença? Quando combato o júri penso principalmente nos pequenos centros urbanos do nosso

imenso território, nos lugares onde a politicalha se infiltra no conselho de sentença, e na presença frequente do jurado de escasso espírito público, cujo pronunciamento é o reflexo de sentimentos que nada têm a ver com a idéia de justiça e com a necessidade de defesa coletiva contra o crime. Não ignoro que a justiça dos juízes profissionais não é perfeita. Pode-se, porém, melhorá-la. Em relação ao júri, isso é quase impossível." (10)

5 — CONCLUSÕES

Os frutos colhidos através do Tribunal do Júri são sabidamente nocivos. E na época atual não mais se admite esta instituição retrógada. O Direito é ciência dinâmica, e evoluindo no tempo e no espaço, não pode ficar estacionada ante resultados tão maléficos.

Urge a imediata reforma no art. 153 § 18 da Emenda Constitucional nº 1 de 17.10.1969, cassando-lhe a soberania ou a sua revogação, extinguindo a instituição do júri do nosso Direito, é o que propomos.

BIBLIOGRAFIA

1 — Walter P. Acosta, O PROCESSO PENAL, 10a. ed. pg. 449.

2 — Câmara Leal, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO, ed. de 1942, vol. I, pg. 29.

3 — Fernando da Costa Tourinho Filho, PROCESSO PENAL, ed. de 1975, vol. 4, pg. 22.

4 — Magalhães Noronha, DIREITO PROCESSUAL PENAL, 2a. ed. pg. 319.

5 — Nelson Hungria, apud Walter P. Acosta, obra citada, pg. 452.

6 — Walter P. Acosta, obra citada, pg. 451.

7 — Magalhães Noronha, obra citada, pg. 320.

8 — José Frederico Marques, A INSTITUIÇÃO DO JÚRI, ed. de 1963, vol. I, pg. 6.

9 — Fernando da Costa Tourinho Filho, obra citada, pg. 23.

10 — Basileu Garcia, REALIDADE nº 33, pg. 258.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

COMISSÃA TÉCNICA DE DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ministério Público do Estado de Pernambuco

M e m b r o s

Presidente: Jarbas Fernandes da Cunha

Relatores: João José Ribeiro

Francisco Eandro de Paiva Onofre

Olímpio da Costa Junior

REVOGABILIDADE DO REGIME DE BENS POR SENTENÇA NO DESQUITE LITIGIOSO

Hélio Soares da Fonseca
Promotor Público

PRAEAMBULU

"JUS EST ARS BONI ET AEQUI" — Digesto. (O Direito é a arte do bem e do justo)

"PATERE QUAM IPSE FACISTI LEGERE" (Sofre a Lei que tu mesmo fizeste).

O presente trabalho tem o objetivo de romper com a tradição e ajustar o preceito contido no artigo 230, IN FINE, do Código Civil Brasileiro, a uma das principais finalidades do Direito, qual seja, a distribuição equânime da Justiça.

Almeja que os bens possuídos por um só cônjuge de vida morigerada, havidos com sacrifício e dedicação e trazidos para a sociedade conjugal não se divide em meação na partilha judicial subsequente ao desquite litigioso, em regime de comunhão universal, quando o outro que nada possuia deu causa à separação por adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

O problema existe e gera injustiça, inclusive já nos defrontamos com casos nos quais pessoas que nada possuiam cativaram outras de considerável patrimônio, e após casarem-se adotando o regime de co-

munhão universal, o cônjuge desprovido de bens cometeu adultério, dando causa ao desquite judicial e, em consequência, tornou-se possuidor de invejável patrimônio oriundo de meação.

CAPÍTULO I

AS ORIGENS DO CASAMENTO

A assertiva de que o ser humano nos primórdios da civilização viveu isolado na natureza, carece de suporte científico.

A plenitude da vida repousa no par andrógino, das duas metades que o compõem, tanto é que uma detem o vigor, a força, a ação, contrapondo-se à beleza, à ternura e ao recato da outra.

O acoplamento dessas duas metades, é que soluciona a antinomia aparente. O homem e a mulher, assim unidos, criam a primeira sociedade, fonte da grande sociedade humana, cuja importância é extraordinária.

Na idade primitiva nossos ancestrais vagavam em pequenos grupos, compostos por um macho, sua ou suas mulheres e filhos, formando associação temporária, sob a chefia do macho. Depois, já formavam hordas compostas dessas famílias e dessa nova associação todas as mulheres pertenciam a todos os homens, sobretudo aos de certa idade, melhores providos de força e experiência.

A medida que nossos longínquos antepassados obtinham um desenvolvimento moral e intelectual de seus instintos genéticos, um pouco de amor se infiltrava em seus sentimentos e procuravam ligar-se a uma determinada mulher.

Pesquisando a família em sua origem, verificamos que as relações entre os cônjuges, se assim o podemos chamar, nem sempre foram idênticas, pois existiam várias formas, ou fórmulas, de uniões assim classificadas cientificamente:

a) MONOGAMIA — união de um só homem com uma só mulher.

b) POLIGAMIA — união de um só homem com muitas mulheres.

c) POLIANDRIA — união de uma só mulher com vários homens.

A primeira é adotada por grande número de povos, especialmente pelos descendentes da raça indo-européia. A segunda prevalecia entre os orientais e, ainda hoje em dia, subsiste entre os muçulmanos e outros povos de princípios rudimentares. A terceira constituía raridade, entretanto foi constatada sua existência entre os malabares e algumas regiões do Himalaia.

De todos, o sistema monógamo é o único de ordem natural propício à propagação e perfeição da espécie humana, à harmonia da família e à prosperidade de um povo. O certo é que os legisladores têm regulamentado essas uniões segundo os tempos, os lugares e os costumes:

LICURGO, o legislador de Esparta, por uma de suas leis, ordenou que um velho, esposo de uma mulher jovem e bela, a cedesse a um homem mais moço e vigoroso; autorizou, mesmo, ao celibatário, que se não quisesse casar e desejasse ter filhos, pedir ao marido de tal mulher que o deixasse gosar, por alguns instantes, de seus direitos conjugais. (XENOFONTE, De rep. Laced, cap. I, livro 6).

Sejam quais forem as origens do povo romano, o incontestável para os historiadores, é que sempre, desde as espécies mais remotas, a monogamia reinou entre eles. Nada se sabe a respeito da condição jurídica das concubinas, sob o governo dos primeiros reis.

Ao final da república, os costumes romanos haviam chegado a um tal estado de depravação, que a própria sociedade perigava. Todas as classes estavam envoltas por um verdadeiro manto de deboche, e, se existisse um premio para a imoralidade, certo, Cesar o disputaria a Antônio (SUETONIO, VIE DE CESAR). Os homens de todos os territórios romanos eram iguais nos vícios e nas torpezas, e as próprias mulheres já não contavam os anos pelo número de cônsules, mas pelo número de seus maridos (SENECA, DE BENEFICIIS).

Esses hábitos dissolutos, essa instabilidade de uniões, tiveram como consequência o decrescimento rápido da população. Augusto, imperador, entendeu o perigo, quis remediá-lo com esta finalidade estabeleceu a lei JULIA DE MARITANDIS ORDINIBUS e a lei PAPIA POPPAEA. A LEX JULIA foi a primeira a surgir e somente em 762, segundo HEINECIO, foi votada a LEI PAPIA. Como quase todos os dispositivos da primeira transportaram para a segunda, os jurisconsultos a designaram como se fosse uma só, por LEX JULIA ET PAPIA.

Segundo MAINZ (in COUR DE DROIT ROMAIS", volume I, 5ª edição, pág. 275), desde 726 segundo uns, ou 736 segundo outros, OTAVIO procurava fazer passar uma lei sobre o casamento, o que só conseguiu em 757, chamada LEX JULIA DE MARITANDIS ORDINIBUS.

A interdição do casamento entre ingênuos e libertas foi derrogada pela lei Julia, porém continuou a proibição dos cidadãos de ordem senatorial casarem-se com libertas, comediantes, pessoas cujo pai ou mãe houvesse sido comediante e prostitutas. Vedava, ainda, a lei que os ingênuos desposassem uma alcoviteira, uma liberta de alcoviteiro ou alcoviteira, uma mulher surpreendida em adultério, uma pessoa condenada pelo senado, etc.

Alguns senadores pretenderam interpretar essa interdição a seus modos, diferentemente do texto; mas o próprio senado romano se pronunciou contrariamente e de maneira formal proclamando a impossibilidade do casamento entre um senador e uma mulher JUDICIO PUBLICO DAMNATA (Lei 43, de riv. nupt. § 10, "d").

De resto, as mulheres não podiam aspirar o título de UXORES, pois, eram tidas e havidas como infames. Acontece que mesmo com as punições de ordem legal, surgiam as afeições entre ingênuos e mulheres de condições miseráveis, por isso Augusto achou por bem um meio de solucionar o impasse: fez do concubinato uma união legal, paralela e inferior ao casamento. Permitiu que fossem tomadas como concubinas todas as mulheres que as leis JULIA e PAPIA proibiam de se tornarem esposas (HEINECIO, AD. I. JC. ET. PAP. COMENT. cap. 4).

A concubina era colocada pelo direito civil, imediatamente após a UXOR, as relações tidas com ela constituiam uma hemigamia, habitava o domicílio conjugal, mas não fazia jus às honras nem às dignidades do homem com quem viviam.

CAPÍTULO II

O CASAMENTO NO BRASIL

Na vigência do direito antigo e até o decreto nº 181, de 24.01.1890, eram válidas e capazes de efeitos civis as seguintes formas de casamento:

1º) O casamento católico celebrado de conformidade com os canones do Concílio de Trento e as Constituições Primeira do Arcebispado da Bahia.

2º) O casamento misto, contraído segundo o direito canonico entre uma pessoa católica e uma que professava religião dissidente.

3º) O casamento celebrado entre pessoas de seitas dissidentes de acordo com as prescrições das respectivas religiões.

Em uma nação como a nossa, ao tempo do império, cuja Carta Magna em seu artigo 3º, declarava oficial a religião católica apostólica romana, não podia deixar de ser adotado como realmente o foi o casamento religioso. Analizando a lei então recente promulgada, acentuou LAFAYETTE:

> "Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui a religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar a validade do ato. Todavia a recente lei acerca do

casamento entre os membros de seitas dissidentes, consagrou uma inovação que cumpre assinalar: Passou para a autoridade civil a Faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nulidade desta forma de casamento". (DIR. DE FAMÍLIA, § 10).

(Lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º, § 4º, Registro de 17 de abril de 1863, art. 9 e seguintes).

Os casamentos contraídos dentro do império eram provados pela certidão extraída do respectivo livro eclesiástico. Na impossibilidade ou porque o assento não fosse feito em tempo, ou por se ter perdido o livro, as certidões extraídas desses assentamentos faziam prova, ainda que abertos, em virtude de sentença do juiz eclesiástico, após justificação procedida regularmente. A prova contudo podia ser feita por instrumento público ou por depoimento de testemunhas.

Desde a lei de 11 de setembro de 1861, que estabeleceu o casamento chamado acatólico, entre pessoas pertencentes a seitas cristãs não católicas e celebrado segundo o rito respectivo, conquista meticulosa que foi para a intervenção da autoridade civil em matéria de casamento, eis que a Lei dava aos juizes competência para resolver sobre o conhecimento e as dispensas e impedimentos bem como sobre a nulidade do ato. Desde aquela lei iniciou-se no parlamento, no antigo conselho de estado, em panfletos e pela imprensa, uma campanha para a implantação do casamento secular, consequentemente ao espírito liberal da época.

Com a separação estabelecida entre a Igreja e o Estado, pelo regime republicano, foi instituído o casamento civil através do Decreto 181, de 24.01.1890, de lavra do egrégio jurisconsulto Dr. COELHO RODRIGUES. Um mês após o início da execução do casamento civil, foi promulgado o Decreto 521, de 26.06, que revogou o parágrafo único do art. 108, do Decreto Lei nº 181, pelo qual se permitiam aos nubentes as cerimônias de sua religião antes ou depois do ato civil.

Posteriormente surgiu o Decreto nº 119-A, de 07.01.1890, que aboliu a religião oficial, tendo o governo operado a reforma com espírito conservador e respeitando tradições do passado.

O Decreto Lei nº 181, com toda a legislação daquela época, estabeleceu condições especiais para a validade do casamento. A ausência dos requisitos essenciais às pessoas que pretendiam contrair matrimônio, constituia os impedimentos especificados em doze figuras do supra mencionado Decreto, sendo que quatro deles são dirimentes, tornando-os nulos PLENO JURE, os casamentos em que são eles exigidos (arts. §§ 1 a 4), os demais são impedientes. É mister salientar que do direito pátrio desapareceram com o Decreto nº 181 vários dos impedimentos originados do direito canônico, pois, o citado diploma legal não manteve os impedimentos alicerçados em motivos ou pre-

conceitos puramente religiosos, como, entre outros, o do voto de castidade simples ou solene, ou de parentesco espiritual, disparidade de culto, excepção de ordens sacras maiores, etc.

CAPÍTULO III

O CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O casamento entre nós é regulado desde 1º de janeiro de 1916, através da Lei 3.071, (Código Civil), com as correções ordenadas pela Lei 3.725, de janeiro de 1919, segundo a exegese constante dos artigos 180, usque 228.

Trata o nosso diploma substantivo civil, em seus artigos 180 a 182, das formalidades preliminares do casamento, disciplinando o modo através do qual se habilitam os nubentes, forma de lavratura de editais e sua publicação, prazo para oposição de impedimento, dispensa de editais, etc. No artigo 183, usque 188, se enquadram os impedimentos, sendo que os de I a VIII, são absolutos, tornando o casamento nulo. Os demais de número I a XVI, tornam o casamento anulável. Os artigos 185 usque 188, tratam do casamento de menores, do consentimento e sua denegação. Os artigos 189 a 191, se referem a oposição dos impedimentos e os de números 192 a 201, da celebração do casamento, suas solenidades registro, regime de bens, etc. Em seguida, nos artigos 202 a 206, temos as disposições referentes as provas do casamento, e logo após o capítulo concernente ao casamento nulo e anulável (arts. 207 usque 224).

Nulo é o casamento com infração de qualquer dos números I a VIII, do artigo 180 em regra geral, é o casamento de nenhum efeito: QUOD NULLUM EST. NULLUM PRODUCIT EFFECTUM.

Dito princípio entretanto não é absoluto, já que a boa fé valida o casamento em relação à prole. Anulável é o casamento que é feito com infração de qualquer dos números IX e XII do artigo 183.

O código nos artigos 225 a 228, trata das penas a que estão sujeitos os contraentes por infração das disposições legais.

Doutrinariamente ZACHARIE criou a figura do casamento inexistente, no qual faltam os pressupostos fáticos. Acentua o discutido mestre que não existe casamento no caso, deferindo da nulidade ou anulabilidade em que houve matrimônio, não obstante inválido. Segundo ZACHARIE são os seguintes os elementos do matrimônio inexistentes:

a) identidade de sexo

b) falta de celebração

c) falta de consentimento.

Em relação ao primeiro caso argumenta que o casamento baseia-se no pressuposto fático da diversidade de sexo. No segundo caso as partes participariam de uma farsa (perante particular) ou autoridade incompetente em razão da matéria, ou se nada existiu, mas apenas registro fraudulento.

Finalmente acontece o casamento inexistente quando o nubente se negou a casar-se, mas o ato foi concluído (seria um caso de coação física estando entre os impedimentos privados), ou de procurador sem poderes para tal.

CAPÍTULO IV
TÍTULO I

CONCEITO E EFEITO DO CASAMENTO

Suscintamente podemos asseverar ser o casamento a união entre homem e mulher objetivando constituirem a família legítima. A doutrina empenha-se em precisar sua natureza jurídica, e em consequência, nascem correntes divergentes: JÈZE acentua que o casamento é um ato-condição, pois a declaração de vontade dos cônjuges faz com que fiquem submetidos a uma situação jurídica impessoal. Adianta que os nubentes ao emitirem sua vontade aderem ao instituto do casamento sem qualquer ressalva.

Outra corrente entende ser ele um contrato na sua formação, por exigir a declaração de vontade de cada parte, mas uma instituição no restante de sua existência.

Finalmente na terceira e última corrente, o casamento é encarado como acordo, argumentando que os interesses das partes são complemento e no contrato se contrapõem.

A doutrina francesa adota a teoria da instituição, enquanto que a doutrina moderna vê no casamento um instituto de natureza híbrida, ou seja, contrato na formação e instituição no conteúdo. Segundo SÁ PEREIRA:

> "O casamento é a sociedade solenemente contratada por um homem e uma mulher, para colocar sob a sanção da lei a sua união sexual e a prole dela resultante".
> "Realmente o casamento é a legalização de uma união sexual, é o ato pelo qual pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima. Por ele se regulam socialmente o instituto da reprodução". (CLÓVIS BEVILACQUA).

Perante nosso direito, o casamento repousa em três princípios: da livre união entre os futuros cônjuges, da monogamia e da indissolubilidade.

significa apenas conviver sob o mesmo teto, mas união carnal. O débito conjugal há de ser cumprido para que a sociedade conjugal se mantenha íntegra. A coabitação resulta a permanente satisfação desse débito. Não obstante, a obrigação de solver o débito conjugal não é absoluta, pois a lei permite o casamento de pessoas que não estão em condições de contrair núpcias e nestes casos a recusa torna-se justa. A recusa injustificada é que autoriza o desquite inclusive, uma convenção nesse sentido seria nula de pleno direito (art. 234, do Cod. Civil).

DEVER DE FIDELIDADE — Deve cada cônjuge manter abstinência de relações sexuais com terceiros. É dever incondicional resultante do caráter monogâmico do casamento. É dever cuja falta pode ser perdoada e não dispensada. Só o adutério propriamente dito reveste a infração do dever de fidelidade.

A jurisprudência e a doutrina criaram a figura de infidelidade moral (atos libidinosos com terceiros), porém, respeitada a autoridade daqueles que defendem esse ponto de vista, não concebemos como infidelidade a simples prática de atos libidinosos, assim, carece de respaldo jurídico o desquite fundamentado em adultério nos casos de coito vestibular, onanístico, sodomia, etc., pois IN CASU a fundamentação do petitório será induvidosamente a injúria grave.

DEVER DE ASSISTÊNCIA — Durante todos os instantes da vida devem os cônjuges ajudarem-se mutuamente, tanto na área econômica como em problema de saúde, orientação, apoio moral, etc. É dever de cunho eminentemente ético e sua violação acarreta a injúria grave.

DEVERES E DIREITOS RECÍPROCOS DE ORDEM PATRIMO-

TÍTULO II

EFEITOS

Consoante os outros atos jurídicos o casamento extravasa suas consequências por diversas órbitas, pois trata-se de relação jurídica a que correspondem direitos e deveres pré-estabelecidos. Esses Direitos e Deveres são próprios e recíprocos, sendo que, dentro da tradição doutrinária constituem os efeitos do casamento. Esses efeitos entretanto não se esgotam nessas relações jurídicas, pois existem outros que se acham disciplinados em institutos diversos, regulados nos capítulos respectivos (Artigo 229, do Código Civil). Dentre esses efeitos podemos acentuar os seguintes:

1º) O casamento legitima o filho concebido ou havido antes de sua realização.

2º) Cria o vínculo de afinidade entre os cônjuges e os respectivos parentes.

3º) Concede emancipação do cônjuge de menoridade, dando-lhe capacidade plena para todos os atos da vida civil.

4º) Confere direitos hereditários ao cônjuge sobrevivente além de algumas prerrogativas na sucessão aberta.

5º) Garante vantagens de ordem patrimonial, estatuídas na legislação de assistência e previdência social.

Existem, não obstante, outros efeitos, porém sem maiores prejuízos para a nossa exposição, podemos acatar a norma usualmente adotada de classificá-los em razão das relações jurídicas entre os cônjuges. Dentro desse prisma o casamento tem como grande e principal efeito a criação de uma família legítima, os demais constituem-se consequências lógicas.

As relações entre os cônjuges são de dois tipos: pessoais e patrimoniais. As relações patrimoniais são distribuídas em três grupos:

a) Direitos e deveres comuns a ambos os cônjuges;

b) Direitos e deveres próprios do marido;

c) Direitos e deveres próprios da mulher.

A coabitação, a fidelidade e a assistência são deveres fundamentais e comuns aos cônjuges, além de recíprocos. O que os diferencia dos deveres e direitos próprios de cada cônjuge, os quais pressupõem, o atual estágio da legislação hodierna, uma relação hierárquica onde o marido ocupa posição mais alta.

DEVER DE COABITAÇÃO — Os cônjuges têm o direito e dever de viver em comum, conjunta e inseparadamente. A coabitação não

gislação positiva civil a figura da chefia marital que não é arbitrária. Subsiste a hierarquia na sociedade conjugal, não obstante a reforma que garantia à mulher posição mais favorável. O marido continua a ser o chefe da família, não sendo permitida renúncia nem limitações quer seja em pacto ante-nupcial, quer seja na constância do casamento.

A lei ao disciplinar a matéria enumera um conjunto de prerrogativas especiais (art. 233, do Cod. Civil., com redação da Lei 4.121).

SECÇÃO II

DIREITOS E DEVERES DA MULHER

Com o advento da Lei 4.121, de 27.08.62, a mulher casada passou a ser colaboradora do marido nos encargos familiares. Com essa nova situação jurídica, a mulher passou a exercer profissão independentemente de autorização marital, pode dispor de seus bens particulares, colaborar com o marido na gerência do lar, exercer o pátrio poder em relação aos filhos do leito anterior, pode, finalmente, praticar todos os atos não proibidos por lei, dentre eles: aceitar herança, tutela, curatela, mandato, residir em Juízo, etc. Entrementes, a mulher casada está sujeita às mesmas vedações atribuíveis ao marido e estabelecidas em Lei. Ocorrendo algumas das hipóteses estatuídas no artigo 251 do Código Civil, a mulher passa a exercer funções excepcionais.

TÍTULO III

REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

Em relação aos bens conjugais, os efeitos de ordem patrimonial variam de acordo com o regime matrimonial adotado. A nossa legis-

Em relação ao primeiro caso argumenta que o casamento baseia-se no pressuposto fático da diversidade de sexo. No segundo caso as partes participariam de uma farsa (perante particular) ou autoridade incompetente em razão da matéria, ou se nada existiu, mas apenas registro fraudulento.

Finalmente acontece o casamento inexistente quando o nubente se negou a casar-se, mas o ato foi concluído (seria um caso de coação física estando entre os impedimentos privados), ou de procurador sem poderes para tal.

CAPÍTULO IV

TÍTULO I

CONCEITO E EFEITO DO CASAMENTO

Suscintamente podemos asseverar ser o casamento a união entre homem e mulher objetivando constituirem a família legítima. A doutrina empenha-se em precisar sua natureza jurídica, e em consequência, nascem correntes divergentes: JÈZE acentua que o casamento é um ato-condição, pois a declaração de vontade dos cônjuges faz com que fiquem submetidos a uma situação jurídica impessoal. Adianta que os nubentes ao emitirem sua vontade aderem ao instituto do casamento sem qualquer ressalva.

Outra corrente entende ser ele um contrato na sua formação, por exigir a declaração de vontade de cada parte, mas uma instituição no restante de sua existência.

Finalmente na terceira e última corrente, o casamento é encarado como acordo, argumentando que os interesses das partes são complemento e no contrato se contrapõem.

A doutrina francesa adota a teoria da instituição, enquanto que a doutrina moderna vê no casamento um instituto de natureza híbrida, ou seja, contrato na formação e instituição no conteúdo. Segundo SÁ PEREIRA:

> "O casamento é a sociedade solenemente contratada por um homem e uma mulher, para colocar sob a sanção da lei a sua união sexual e a prole dela resultante".
> "Realmente o casamento é a legalização de uma união sexual, é o ato pelo qual pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima. Por ele se regulam socialmente o instituto da reprodução". (CLÓVIS BEVILACQUA).

Perante nosso direito, o casamento repousa em três princípios: da livre união entre os futuros cônjuges, da monogamia e da indissolubilidade.

TÍTULO II

EFEITOS

Consoante os outros atos jurídicos o casamento extravasa suas consequências por diversas órbitas, pois trata-se de relação jurídica a que correspondem direitos e deveres pré-estabelecidos. Esses Direitos e Deveres são próprios e recíprocos, sendo que, dentro da tradição doutrinária constituem os efeitos do casamento. Esses efeitos entretanto não se esgotam nessas relações jurídicas, pois existem outros que se acham disciplinados em institutos diversos, regulados nos capítulos respectivos (Artigo 229, do Código Civil). Dentre esses efeitos podemos acentuar os seguintes:

1º) O casamento legitima o filho concebido ou havido antes de sua realização.

2º) Cria o vínculo de afinidade entre os cônjuges e os respectivos parentes.

3º) Concede emancipação do cônjuge de menoridade, dando-lhe capacidade plena para todos os atos da vida civil.

4º) Confere direitos hereditários ao cônjuge sobrevivente além de algumas prerrogativas na sucessão aberta.

5º) Garante vantagens de ordem patrimonial, estatuídas na legislação de assistência e previdência social.

Existem, não obstante, outros efeitos, porém sem maiores prejuízos para a nossa exposição, podemos acatar a norma usualmente adotada de classificá-los em razão das relações jurídicas entre os cônjuges. Dentro desse prisma o casamento tem como grande e principal efeito a criação de uma família legítima, os demais constituem-se consequências lógicas.

As relações entre os cônjuges são de dois tipos: pessoais e patrimoniais. As relações patrimoniais são distribuídas em três grupos:

a) Direitos e deveres comuns a ambos os cônjuges;

b) Direitos e deveres próprios do marido;

c) Direitos e deveres próprios da mulher.

A coabitação, a fidelidade e a assistência são deveres fundamentais e comuns aos cônjuges, além de recíprocos. O que os diferencia dos deveres e direitos próprios de cada cônjuge, os quais pressupõem, o atual estágio da legislação hodierna, uma relação hierárquica onde o marido ocupa posição mais alta.

DEVER DE COABITAÇÃO — Os cônjuges têm o direito e dever de viver em comum, conjunta e inseparadamente. A coabitação não

significa apenas conviver sob o mesmo teto, mas união carnal. O débito conjugal há de ser cumprido para que a sociedade conjugal se mantenha íntegra. A coabitação resulta a permanente satisfação desse débito. Não obstante, a obrigação de solver o débito conjugal não é absoluta, pois a lei permite o casamento de pessoas que não estão em condições de contrair núpcias e nestes casos a recusa torna-se justa. A recusa injustificada é que autoriza o desquite inclusive, uma convenção nesse sentido seria nula de pleno direito (art. 234, do Cod. Civil).

DEVER DE FIDELIDADE — Deve cada cônjuge manter abstinência de relações sexuais com terceiros. É dever incondicional resultante do caráter monogâmico do casamento. É dever cuja falta pode ser perdoada e não dispensada. Só o adutério propriamente dito reveste a infração do dever de fidelidade.

A jurisprudência e a doutrina criaram a figura de infidelidade moral (atos libidinosos com terceiros), porém, respeitada a autoridade daqueles que defendem esse ponto de vista, não concebemos como infidelidade a simples prática de atos libidinosos, assim, carece de respaldo jurídico o desquite fundamentado em adultério nos casos de coito vestibular, onanístico, sodomia, etc., pois IN CASU a fundamentação do petitório será induvidosamente a injúria grave.

DEVER DE ASSISTÊNCIA — Durante todos os instantes da vida devem os cônjuges ajudarem-se mutuamente, tanto na área econômica como em problema de saúde, orientação, apoio moral, etc. É dever de cunho eminentemente ético e sua violação acarreta a injúria grave.

DEVERES E DIREITOS RECÍPROCOS DE ORDEM PATRIMONIAL — Os cônjuges devem ajudarem-se economicamente. Aqui a obrigação é de dar prestação de valor econômico. De início esse dever é atribuído ao marido, entretanto, é dever recíproco, e ogicamente, também atribuído à mulher. É o chamado dever de sustento. Sustentar é dar alimento, roupas, medicamentos, educação, etc.

Os direitos e deveres para com os filhos, constituem-se num dos principais efeitos do matrimônio, e se acham definidos no instituto do pátrio poder.

SECÇÃO I

DEVERES E DIREITOS DO MARIDO

O marido é o chefe da sociedade conjugal e detentor de seu comando, exercendo esse comando em colaboração com a mulher. Na atualidade existe uma tendência para a instituição de uma co-gestão sem ascendência marital, entretanto ainda persiste em nossa le-

gislação positiva civil a figura da chefia marital que não é arbitrária. Subsiste a hierarquia na sociedade conjugal, não obstante a reforma que garantia à mulher posição mais favorável. O marido continua a ser o chefe da família, não sendo permitida renúncia nem limitações quer seja em pacto ante-nupcial, quer seja na constância do casamento.

A lei ao disciplinar a matéria enumera um conjunto de prerrogativas especiais (art. 233, do Cod. Civil., com redação da Lei 4.121).

SECÇÃO II

DIREITOS E DEVERES DA MULHER

Com o advento da Lei 4.121, de 27.08.62, a mulher casada passou a ser colaboradora do marido nos encargos familiares. Com essa nova situação jurídica, a mulher passou a exercer profissão independentemente de autorização marital, pode dispor de seus bens particulares, colaborar com o marido na gerência do lar, exercer o pátrio poder em relação aos filhos do leito anterior, pode, finalmente, praticar todos os atos não proibidos por lei, dentre eles: aceitar herança, tutela, curatela, mandato, residir em Juízo, etc. Entrementes, a mulher casada está sujeita às mesmas vedações atribuíveis ao marido e estabelecidas em Lei. Ocorrendo algumas das hipóteses estatuídas no artigo 251 do Código Civil, a mulher passa a exercer funções excepcionais.

TÍTULO III

REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

Em relação aos bens conjugais, os efeitos de ordem patrimonial variam de acordo com o regime matrimonial adotado. A nossa legislação civil consagra quatro tipos a saber: comunhão universal, comunhão parcial, separação e regime dotal. A lei impõe o regime da comunhão universal, quando nada se convencionou, ressalvadas as proibições de ordem legal. Este regime estabelece a comunicação entre os bens dos cônjuges, tanto dos trazidos como os adquiridos na constância da sociedade conjugal, excetuando-se os bens incomunicáveis e dívidas anteriores de responsabilidade de um só cônjuge. A propriedade e posse são atribuídas a ambos, achando-se uma divisão ideal.

A comunhão parcial estabelece uma comunicação de bens que foram adquiridos na constância do casamento, porém não totalmente.

No regime de separação não se comunicam os bens que os cônjuges possuiam antes ou depois. Pode ser adotado por convenção ou imposto por lei.

O regime dotal consiste na porção de bens que a mulher, ou terceiro por ela, transfere ao marido para que ele, gerindo-os, retire

os recursos necessários ao sustento familiar, restituindo-os após o término da sociedade conjugal. É mister o seu estabelecimento em pacto ante-nupcial (se da esposa) ou contrato se de estranho. É auxílio ao marido, daí, não pode ser feito por ele. Se não houver especificação, diz-se que há simples doação, comunicando-se, se for regime de comunhão universal.

A legislação brasileira deixa ao arbítrio dos nubentes a escolha de qualquer dos regimes previstos em lei, porém, após a celebração do casamento válido, o regime escolhido torna-se imutável. Perante nossa legislação, o princípio da irrevogabiidade do regime matrimonial de bens é inatacável, já que não vigora no Brasil, ou mesmo em qualquer outra legislação, salvo engano, o PACISCI POST NUPCIAS ETIAM SI NIHIL ANTE CONVENERIT LICET, permitido no direito romano, época em que os cônjuges podiam celebrar convenções matrimoniais na vigência do casamento. Assim, mesmo que os cônjuges tenham adotado cláusula que permita alterar o pacto ante-nupcial durante a vigência do casamento, esta cláusula será induvidosamente inexistente, por ir frontalmente de encontro a expressa disposição legal. A proibição é estribada em termos absolutos e engloba toda e qualquer modificação do contrato nupcial na vigência do matrimônio. A regra é absolutamente rígida, pois o regime de bens entre os cônjuges é irrevogável e não permite a mínima transformação, quer seja no sentido do de comunhão para o de separação ou vice-versa; ou no de substituir o dotal pelo regime comum, sendo também a recíproca verdadeira, ou finalmente alterar ou inserir qualquer disposição no pacto ante-nupcial.

CAPÍTULO V

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

O vínculo matrimonial é indissolúvel durante a existência dos cônjuges, sendo essa indissolubilidade preceito de ordem Constitucional. A nossa Carta Magna declara indissolúvel o vínculo matrimonial objetivando impedir os desquitados de contrairem novas núpcias. Porém vale ressaltar que o matrimônio válido se dissolve com a morte e anulação do casamento. Assim, o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial deve ser entendido como proibição de seu rompimento em vida dos cônjuges por motivos supervenientes ao casamento. Em tais condições, o vínculo matrimonial se rompe com a morte de um dos cônjuges, inclusive abrindo ao sobrevivente possibilidade para novo casamento. A dissolução do vínculo implica a da sociedade conjugal por ele criada.

Em direito matrimonial, o ato jurídico do casamento não pode ser destruído em sua raiz. Mesmo anulável, o matrimônio constitue um vínculo, e as sentenças de anulação não extirpam todos os efeitos.

A nossa legislação estabelece todos os casos de dissolução da sociedade conjugal discriminando todos os motivos que a autorizam. Perante nós dissolve-se a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulidade do casamento e pelo desquite.

A morte de um dos cônjuges, além da sociedade conjugal, dissolve o próprio vínculo matrimonial, com ela, o cônjuge supérstite adquire o estado de viuvez podendo convolar novas núpcias, embora a lei estabeleça algumas restrições no caso da viúva (art. 183, número XIV, 329). A morte presumida não dissolve o laço matrimonial e sim, a morte real.

Dilui-se ainda o vínculo matrimonial pela nulidade ou anulação do casamento. Mesmo nulo, o casamento estabeleceu uma sociedade conjugal e em consequência irradiou alguns efeitos, sendo necessário que se lhe ponha termo através do reconhecimento judicial de causa determinante de sua invalidade. Os efeitos da dissolução do casamento tanto são regidos pelas disposições atinentes à extinção da sociedade conjugal pela morte, como pelas que a disciplinam em caso de desquite. Os fatos ocorrentes após a celebração do casamento não fundamentam sua anulação, mas, simplesmente a separação dos cônjuges e inventário dos bens, designados em nossa legislação pelo vocábulo desquite.

O desquite dissolve a sociedade conjugal deixando o vínculo matrimonial intacto. Após o desquite os cônjuges são dispensados de vários deveres impostos pelo casamento, dentre eles o de coabitação. O vínculo matrimonial se atenua mas persiste podendo a qualquer tempo ser restaurado em sua plenitude pela reconciliação dos desquitados. A quem diga ser o desquite causa de suspensão e não propriamente de terminação da sociedade conjugal, posto que, não possui caráter definitivo. O desquite tanto surge como remédio quanto como sanção. Em casos de incompatibilidade ou divergências que impeçam a coexistência pacífica na sociedade conjugal o desquite surge como remédio. Por outro lado, o desquite aparece como sanção imposta por lei ao cônjuge que macula um dos deveres essenciais do casamento. Só se concede quando devidamente fundamentado por um dos motivos exaustivamente delineados em lei como autorizadores de sua decretação. Assim, existem duas formas de desquite: o litigioso o por mútuo consentimento.

As causas autorizadoras do desquite amigável estão disciplinados no artigo 318 do Código Civil. Mesmo dependendo do mútuo consentimento, o desquite amigável é judicial e obedece a rito próprio. A autoridade judiciária intervem administrativamente para o recebimento da declaração de vontade dos desquitandos e homologação. O Juiz e o Ministério Público interferem para atestar a licitude das condições. É o desquite amigável negócio jurídico bilateral, com o objetivo principal de legalizar a intenção dos cônjuges de viverem sepa-

rados e desobrigados de alguns dos deveres impostos pelo matrimônio. Através do desquite amigável também se regulam as consequências da dissolução da sociedade conjugal, tanto na ordem pessoal como na patrimonial. Há, interdependência entre o acordo de vontades e o ato judicial, porém, a homologação não é ato de simples e inevitável chancela do acordo, pois o Juiz pode se recusar de homologar o pedido se não forem atendidos interesses de ordem pública. Uma vez ratificado o pedido, nem uma das partes pode revogá-lo ou modificá-lo unilateralmente. Homologado definitivamente o desquite, suas condições não se tornam inalteráveis, porém qualquer mudança há de ser formulada em processo contencioso, mesmo sem oposição da outra parte. A sentença homologatória perde sua validade com a reconciliação dos desquitados.

O desquite litigioso desperta maior interesse em nosso trabalho. É oriundo de sentença judicial reconhecedora da culpa de um dos cônjuges, ou de ambos. Não é qualquer falta que autoriza o desquite sanção, mas apenas as capituladas nos incisos do artigo 317 do Código Civil. A primeira falta autorizadora do desquite litigioso é o adultério que constitue violação do dever de fidelidade conjugal. Sua conceituação não é pacífica entre os doutrinadores, pois, para uns sua configuração exige a perfeição do coito, já que simples ato preparatório ou libidinoso não constitue adultério, ainda que por sua natureza ofensiva, possa autorizar o desquite. Outros admitem que uma simples relação sodomítica configura o adultério.

Diante do Direito Civil a discussão não tem sentido prático, pois é possível atingir o mesmo resultado sob o fundamento da injúria grave. Para a caracterização do adultério a lei exige a presença do elemento subjetivo, ou seja, a vontade dolosa. A simples materialidade da cópula é insuficiente para caracterizá-lo, mesmo porque, pode ser resultante de coação, erro invencível. etc.

Em segundo lugar temos a tentativa de morte que se configura pelo início de execução do crime não consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Desnecessária é a condenação penal e não bastam simples atos preparatórios. O pedido de desquite fundamentado em tentativa de morte pode ser julgado procedente independentemente da instauração do processo criminal, podendo a prova ser produzida juízo cível, porém, se o agente já houver sido condenado criminalmente, a causa do desquite será irreversível, não podendo o Juiz deixar de decretá-la.

Em terceiro lugar, temos a sevícia ou injúria grave. A rigor a sevícia é uma modalidade de injúria e representa os maus tratos físicos impostos por um cônjuge ao outro. Sua apreciação é relativa e deve ser feita em razão do meio social onde o casal vive, costumes, grau de educação, etc. Já a injúria grave comporta entendimento mais amplo, face a elasticidade de seu conceito, podendo revestir as mais

diversas formas abrangentes do comportamento conjugal em relação aos deveres matrimoniais, inclusive as outras causas de desquite especificadas em lei. A injúria geralmente significa maus tratos morais, entretanto, para que justifique o desquite há de ser grave, causando sério constrangimento para o outro cônjuge. A injúria grave pode assumir as formas: verbais, que são as injúrias STRICTU SENSU ofensivas à dignidade ou decôro por palavra, e reais, consistentes no comportamento reprovável do cônjuge, quer seja praticando atos que maculam a honra e a dignidade do outro ou perigam o patrimônio do casal. A presença do ANIMUS INJURIANDI torna-se mister para que a injúria grave autorize o desquite.

CAPÍTULO VI

EFEITOS DA SENTENÇA DO DESQUITE

A ação de desquite segue o rito ordinário e seu exercício decorre de um direito potestativo de natureza personalíssima. A sentença só deve decretar a dissolução da sociedade conjugal se for reconhecida a culpa do demandado e seus efeitos se produzem tanto em relação aos cônjuges no ambito pessoal como patrimonal, e à prole. Conforme seja amigável ou litigioso, esses efeitos oriundos do desquite são variáveis. No primeiro caso ajustam-se às condições adotadas pelos desquitandos e não defesas em lei. No segundo caso esses efeitos são determinados pelo juiz nos termos da lei e com razoável margem de arbítrio.

Na esfera das relações pessoais, temos os seguintes e básicos efeitos: cessação do dever de assistência e dever de fidelidade.

Não interessa ao nosso trabalho uma exposição mais detalhada acerca dos efeitos produzidos pelo desquite na órbita das relações pessoais e sim na esfera patrimonial. Neste campo podemos salientar que se os cônjuges são casados pelo regime da comunhão universal, dissolve-se esta, dividindo-se o patrimônio comum. A sentença de desquite põe termo ao regime de bens adotados por ocasião do casamento partilhando-se os mesmos nos regimes comunitários e, no dotal, o marido é compelido a restituir o dote. Havendo cada cônjuge retomada a exclusiva propriedade dos bens confundidos na comunhão, desaparecem as restrições ao poder de disposição sobre os mesmos, pois o patrimônio comum é dividido e partilhado entre os cônjuges seguindo a exegese das regras para a sucessão de CAUSA MORTIS. Todos os bens existentes desde o início do processo do desquite estão sujeitos à carregação ou colação da respectiva partilha, cuja efetivação não está rigorosamente subordinada ao cumprimento das formalidades exigíveis para o processo do inventário comum, posto que, aplicadas ao caso, o são apenas subsidiariamente. Não se trata de inventário comum, mas de processo em seguimento de desquite, sendo cabíveis as disposições do título XXII, apenas no que couber.

Feita esta rápida exposição acerca das origens do casamento, nulidades, efeitos de ordem pessoal e patrimonial, direitos e deveres recíprocos ou de cada cônjuge, regime de bens e sua natureza jurídica, dissolução da sociedade conjugal, formas e efeitos, etc., matérias umbelicalmente ligadas e necessárias a esta pretensa contribuição ao Direito, passaremos a justificar o nosso ponto de vista.

CAPÍTULO VII

ARGUMENTAÇÃO EM PROL DA TESE

PRIMEIRA — A Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, o chamado ESTATUTO DA MULHER CASADA, criou uma categoria especial de bens reservados, objetivando assegurar-lhe a formação de um patrimônio autônomo. No regime do Direito substantivo civil anterior à mencionada Lei, à mulher casada era assegurado o direito de dispor livremente do produto de seu trabalho, mas não constituia um patrimônio incomunicável, nem o poder de disposição se estendia aos bens adquiridos com o dinheiro ganho em razão de exercício de profissão lucrativa. A existência de bens reservados da mulher, altera substancialmente o regime de bens. No regime de separação a instituição só funciona se não o estenderem expressamente aos aquestros. Na comunhão universal ou parcial, os bens reservados constituem aquestros incomunicáveis, formando patrimônio separado sob a administração da mulher. O patrimônio constituído pelos bens reservados, permanecem autônomos, como no regime da separação.

Certo é que a Lei 4.121 mantem com primasia o regime de comunhão de bens, mas tantas são as alterações introduzidas que o desfigurou. Por isso, tem havido certa perplexidade dos estudiosos da matéria ante o artigo 3º (terceiro) Assim, com o advento do estatuto da mulher casada, o princípio da irrevogabilidade do regime matrimonial de bens já foi substancialmente alterado, não havendo por isso argumentos contrários que possam prosperar baseados neste mesmo princípio.

SEGUNDA — A nossa segunda argumentação se prende à prestação de alimentos, pois é carecedor desse direito o cônjuge considerado culpado em desquite litigioso, mesmo levando-se em consideração ser os alimentos prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Podem abranger o NECESSARIUM VITAE ou o NECESSARIUM PERSONAE. A prestação alimentar resulta de obrigações jurídicas com fundamentos diferentes, tanto é que pode se originar da lei, de testamento, de sentença judicial e de contrato. A obrigação alimentar dispõe de pressupostos e caracteres próprios que a diferencia de outros institutos, sendo que, dentre os pressupostos básicos se encontra o do estado de miserabilidade do alimentando.

Ocorre que, mesmo se encontrando nesse estado a lei não dá ao cônjuge julgado culpado em desquite litigioso o direito de percebê-los, tanto é que o Código Civil em seu artigo 320 prescreve que no desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia que o juiz fixar. Assim, só terá direito à pensão a mulher inocente e pobre.

Procurando haurir mais ainda o objetivo do artigo 320 do Código Civil, e usando sobretudo de lógica e coerência, o Supremo Sodalício de Justiça tem cancelado pensão alimentícia em razão de conduta reprovável, até após o desquite:

> RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 383-SP —
> Rel.: Djaci Falcão.
> "Cancelamento de pensão alimentícia à mulher desquitada que passou a viver em concubinato. Inocorrência de vulneração da regra do § 1º, do art. 209, do Código de Processo Civil. Decisões que não evidenciam dissenso interpretativo, diante de circunstâncias idênticas, na forma da Súmula 291". — Rec. Extraordinário não conhecido.(R.T.J. — Vol. 72 — 1975, pág. 560).
>
> RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 65.300-GB
> Rel.: Ministro Elói da Rocha.
> "Direito a alimentos; modificação de cláusula de desquite.
>
> — Cessação da obrigação de o marido prestar alimentos à mulher desquitada, quando esta, utilizando a liberdade do novo estado, mantém conduta que afronta condição implícita daquela obrigação e se apresenta incompatível com a pretensão aos aludidos alimentos.
>
> — Desnecessidade de prova de existência de concubinato, para exoneração da pensão alimentícia — Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido, com ressalva das prestações recebidas" (R.T.J. — vol. 61 — 1972, pág. 398).

TERCEIRA — Como terceira argumentação, tomamos por base o instituto da doação revogável até pela recusa injustificada do donatário em prestar alimentos ao doador. É entendimento pacífico que a inclusão da recusa injustificada entre as causas de revogação das doações, deve ser interpretada no sentido de que tal obrigação existe independentemente de ter sido estipulada no contrato ou de resultar de vínculo familiar. Consoante todo negócio jurídico, a doação é nula por falta de pressupostos legais indispensáveis, e é anulável por defeito de vontade ou social, sendo que, resolve-se por uma causa

superveniente e determinante de sua cessação, estando algumas estipuladas no artigo 1.183 do Código Civil. Inicialmente, é facultado ao doador revogar a doação por ingratidão do donatário, devendo esta expressão ser entendida como a prática de atos que atentam contra a integridade física ou moral do doador, tanto é que o citado artigo reza quais as hipóteses caracterizadoras da ingratidão. Em seu inciso I, fala o dispositivo em atentado contra a vida do doador. Acrescente-se que apenas a tentativa de homicídio doloso autoriza a ação revocatória, pois configura a condenável insensibilidade moral que a lei quer punir. Em segundo lugar, temos o cometimento de ofensa física pelo donatário contra o doador. O simples fato da agressão física é suficiente para autorizar a revogação. Em terceiro lugar o inciso III prevê a injúria e a calúnia conforme estão tipificados no Código Penal, pois trazem atentado contra a integridade moral do doador.

QUARTA — Como quarta argumentação, dispomos da mais forte de todas que é a lógica. A lógica é a arte de pensar, de raciocinar dentro de um perfeito encadeamento de idéias. O direito é, antes de tudo, lógico e só pode ser direito o que é moralmente justo e equitativo.

As mais elementares regras de hermeneutica não toleram disposições incoerentes, inconciliáveis e desprovidas de lógica jurídica, sobretudo na lei e em casos parecidos. Certo é que irrevogável é o regime de bens após o casamento, principalmente quanto à vontade dos cônjuges, porém a lei pode e deve mitigar essa irrevogabilidade (como já o fez com o estatuto da mulher casada), desde que também assentada em lei. Acrescente-se que mesmo considerando ser o direito à percepção de alimentos decorrentes das necessidades de conservação da própria existência humana, sendo este último um direito natural e inalienável, a lei não o confere ao cônjuge que praticou quaisquer das infrações previstas no artigo 317 do Código Civil, dando, com isso, causa ao desquite. Ora, outro não poderia ter sido o comportamento legal em relação aos bens do cônjuge inocente, trazidos para a sociedade conjugal. Assim, dentro da mais pura lógica (já utilizada em casos quase idênticos), a sentença proferida em ação de desquite, se reconhece a culpa de um dos cônjuges, o inocente deverá retirar-se da sociedade matrimonial com aqueles bens que para ela trouxe. Utilizando-se, ainda, a indispensável lógica, facilmente concluiremos que se determinada pessoa, proprietária de um acervo de bens, anui em contrair matrimônio adotando o regime de comunhão universal com outra que nada possui, está transferindo, gratuitamente, a terceiro, metade de seus bens, o que a rigor importa em doação, mesmo não aparecendo em nosso Direito com essa denominação. Na verdade, sempre sem se afastar da lógica, não podemos perder de vista que a doação é revogada pela simples ingratidão do donatário para com o doador, princípio de revogabilidade este perfeitamente

ajustado à matéria em foco, posto que o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave e o abandono do lar constituem imperdoável ingratidão, e, com exceção do adultério, abandono voluntário e obrigação alimentar, os artigos 317 e 1.183 são idênticos.

Após argumentar figuraremos o seguinte exemplo prático: "TÍCIO, originário de família abastada, herdou um patrimônio avaliado em Cr$ 500.000,00 (quinhentos mil Cruzeiros). Homem de vida pacata, afeito única e exclusivamente ao trabalho, após um pequeno lápso de tempo, conseguiu aumentar o referido patrimônio para Cr$ 1.000.000,00 (Hum milhão de Cruzeiros). — ZÓCIA, mulher de grandes predicados físicos e inteligência sagaz, sem, contudo, possuir bens, logrou conquistá-lo, mesmo sem nutrir a mínima simpatia, pois sabia de antemão que mesmo cometendo uma das faltas previstas no artigo 317 do Código Civil, seria generosamente recompensada. TÍCIO, sem nada desconfiar, contraiu matrimônio com ZÓCIA, adotando o regime de comunhão universal. Decorridos apenas seis (6) meses da data do casamento, ZÓCIA cometeu adultério, tomando o devido cuidado para que TÍCIO a flagrasse, o que realmente aconteceu. TÍCIO ingressou com uma ação de desquite, sendo que ZÓCIA não se deu ao trabalho sequer de contestá-la, e mesmo a sentença a reconhecendo culpada, a partilha subsequente ao desquite assegurou-lhe um patrimônio de Cr$ 500.000,00 (quinhentos mil Cruzeiros)".

Diante de um caso como esse é de se indagar: O princípio da irrevogabilidade pode ser tão irreversível e absoluto de modo a não ceder ante uma circunstância como essa?

CONCLUSÕES

1. Em nome da Lei, ou de princípio algum, deve o cônjuge reconhecido inocente em ação de desquite, dividir o patrimônio havido e trazido para a sociedade conjugal, com quem desprezou os mais sagrados deveres do matrimônio perante a Lei, a sociedade, o cônjuge e os filhos.

2. É inegável contrasenso legalizar-se o enriquecimento ilícito daqueles que desprovidos de bens, contraem matrimônio com quem os possui, para, em seguida, dar causa ao desquite litigioso.

PROPOSIÇÃO

Em decorrência das conclusões acima, propomos ao plenário do V CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, seja alterado o artigo 230 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071, de 01.01.1916), passando a ter a seguinte redação:

> "ART. 230 — O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é ir-

revogável, salvo quando a sentença proferida em ação de desquite litigioso reconhece a culpa de um dos cônjuges, ocasião em que o reconhecido inocente sairá da sociedade com aqueles bens que para ela trouxe".

Com efeito, ao propor a ação de desquite fundada no artigo 317 do Código Civil, o Autor, provando extreme de dúvidas a propriedade dos bens anteriores ao casamento, requererá para si, sua separação na partilha subsequente ao desquite.

BIBLIOGRAFIA

1. INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL — Caio Mário da Silva Pereira.
2. REVISTAS TRIMESTRAIS DE JURISPRUDÊNCIA.
3. MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA — José Lopes de Oliveira.
4. DIREITOS DE BASTARDIA — Baptista de Melo.
5. LA FAMILIE PRIMITIVE — Letourneau Starke.
6. LE MARIAGE PRIMITIVE — Mac-Lenan.
7. CURSO DE DIREITO CIVIL — Washington de Barros Monteiro — 2º vol.
8. DIREITO DE FAMÍLIA — Orlando Gomes.
9. TRATADO DE DIREITO PRIVADO — Pontes de Miranda.
10. ORIGINES DE LA CIVILISATION — Sumner Maine.
11. REVISTA DOS TRIBUNAIS 6 Div. Vol.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DA REITERAÇÃO DA PRISÃO DO DEVEDOR DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Luiz Felipe Azevedo Gomes
Promotor Público — R.G.Sul

1 — INTRODUÇÃO

A necessidade de forçar o devedor a satisfazer prontamente o débito alimentar, levou o legislador a prever meios coercitivos extraordinários. Até mesmo a prisão civil, abolida dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental contemporâneo, foi conservada como regra excepcional no caso do débito alimentício (art. 153, § 17, da Constituição Federal).

As razões que legitimam o emprego desse remédio heróico advém da própria natureza da obrigação alimentar, fugindo ao âmbito restrito deste trabalho a crítica do instituto. Proponho-me, aqui, apenas a analisar a legislação vigente e verificar se, mesmo com o advento do novo Código de Processo Civil e da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, ainda é possível reiterar a prisão do devedor pelo inadimplemento de diferentes prestações alimentícias.

2 — O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

O ab-rogado Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) autorizava a prisão do devedor solvente na execução de débito alimentar. O art. 921, porém, após prescrever que o cumprimento integral da pena de prisão não eximia o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas, excluía, segundo alguns, a possibilidade de imposição de nova prisão. Eis como estava redigido o texto legal:

"Art. 921. O cumprimento integral de pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias vincendas, ou vencidas e não pagas, mas excluirá a imposição de nova pena de prisão".

A interpretação deste artigo não foi pacífica, conforme noticia Nélson Carneiro (A NOVA AÇÃO DE ALIMENTOS, p. 140, ed. Livraria Freitas Bastos). Enquanto Amílcar de Castro e Carvalho Santos excluiam a possibilidade de ser reiterada a medida extrema, Pontes de Miranda e João Claudino de Oliveira e Cruz, ao contrário, entendiam que tal somente era defeso em se tratando do não pagamento da mesma prestação, causa da anterior privação de liberdade. Vale citar seus comentários.

Pontes de Miranda:

"Cumprida a pena, sem que o obrigado pague a dívida alimentar, pela prestação de cujo não pagamento resultou a prisão, não pode mais ser preso. Pode ser-lhe requerida a prisão pelo não-cumprimento de quaisquer outras, posteriores àquela" (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, vol. VI, p. 155, ed. Forense, ano 1949).

João Claudino:

"Se o devedor cumpre a prisão, não pagando o débito pelo qual foi aquela decretada, não poderá ser novamente preso em virtude do mesmo débito... Mas, se após a soltura, cumprida a prisão, o devedor deixar de pagar novas pensões, então poderá ser requerida sua prisão, pelo não pagamento de outro débito. Tal entendimento é o que melhor se ajusta à inteligência da lei, pois, em caso contrário, o cumprimento da prisão conferiria ao devedor uma verdadeira carta de imunidade para o não cumprimento da obrigação alimentar para o resto de sua vida" (DOS ALIMENTOS NO DIREITO DE FAMÍLIA, p. 370, Forense, 2a. ed.).

A jurisprudência orientou-se no sentido da primeira corrente doutrinária, chegando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a ver na reiteração da prisão a possibilidade de permanecer o devedor perpetuamente privado da liberdade.

"Acresce que a opinião contrária poderia levar ao absurdo de se manter perpetuamente preso o devedor remisso ao pagamento das prestações vencidas

periodicamente se, por cada uma, considerada nova obrigação, se permitisse levá-lo de novo à prisão" (Ac. da 3a. Câm., Rev. Jurídica, vol. 5, p. 72).

3 — A LEI Nº 5.478, DE 25 DE JULHO DE 1968

Face às dificuldades decorrentes dessa interpretação restritiva, que tornou inócuo o remédio extremo, a Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, em seu art. 19, alterou o art. 921 do Código de Processo Civil de 1939, suprimindo a parte final, causa do dissídio apontado.

"Art. 19. .....

§ 1º. O art. 921 do Código de Processo Civil (decreto-lei nº 1.608 de setembro de 1939) passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 921. O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas."

A velha questão ficou solvida, permitindo a lei a nova prisão do devedor, desde que pelo inadimplemento de outra prestação alimentícia, que não a que dera origem à decretação anterior. Era a lição de João Claudino de Oliveira e Cruz:

"O art. 19 da lei nova eliminou a cláusula final do artigo 921 do Código de Processo Civil, afastando, de uma vez por todas, a interpretação que repudiamos. Agora, em face da lei, não há dúvida de que é possível a decretação da nova prisão pela não satisfação de novo débito" (A NOVA AÇÃO DE ALIMENTOS, p. 78, ed. Forense, 1971).

4 — O ESTATUTO PROCESSUAL DE 1973

Os comentaristas do novo Código de Processo Civil, devido ao texto do § 2º do art. 733, voltaram a defender a mesma posição restritiva dos primeiros intérpretes do código de 1939.

É o que se lê na obra de Celso Neves:

"Submetido o executado à coerção que resulta da prisão, pelo prazo que o juiz fixar, está ele liberado de novo aprisionamento ainda que haja inadimplência posterior da obrigação de prestar alimentos, sujeito, apenas, nesses casos, à execução patrimonial comum, sem qualquer sanção de índole pessoal" (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, vol. VII, p. 179, ed. Forense).

Edgar Moura Bittencourt (ALIMENTOS, p. 118, ed. Leud, 1974) e João Claudino de Oliveira e Cruz (A NOVA AÇÃO DE ALIMENTOS, p. 82, ed. Forense, 1974) adotam a mesma orientação, da qual não discrepam vários julgados de nossos tribunais (RT, 473/291, 473/295, e RJTJRGS, 51/179).

Amilcar de Castro (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, vol. VIII, ed. RT, 1974) admite a nova prisão somente quando houver mudança na fortuna do devedor. A opinião deste mestre encontra apoio na própria natureza do arresto pessoal, que é meio excepcional de por a prova o estado de solvência do devedor

> "Se o que se tinha em vista era submeter a experiência a solvência do devedor, e a experimentação falhou, não parece justo repeti-la, estando em jogo a liberdade do executado, a menos que se prove haver adquirido nova fortuna", (ob. cit., p. 379).

Pontes de Miranda ("COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", tomo X, p. 484, ed. forense, 1974) repete os mesmos comentários do Código de 1939, não atentando para as modificações introduzidas no estatuto de 1973

> "Cumprida a pena, sem que o obrigado paque a dívida alimentar, pela prestação de cujo não pagamento resultou a prisão, não pode mais ser preso. Pode ser-lhe requerida a prisão pelo não cumprimento de quaisquer outras dívidas, diferentes, posteriores àquela".

À primeira vista, parece correta a interpretação que considera impossível, em todas as hipóteses, a renovação da prisão. Não é válido, porém, interpretar isoladamente o parágrafo. Há que atentar para a regra contida no "caput". E o "caput" do art. 733, regula apenas a execução de alimentos provisionais. Eis a redação dada ao dispositivo legal:

> "Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo".

A oração adjetiva *que fixa alimentos provisionais* restringe igualmente *sentença* e *decisão*. Sentença que fixa alimentos provisionais, decisão que fixa alimentos provisionais. Poderia se objetar que na linguagem do Código de Processo Civil sentença "é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (art. 162, § 1º) e os alimentos provisionais são fixados no curso do

processo, incidentalmente. Através de decisões, portanto, segundo a definição do art. 162, § 2º. Não se deve esquecer, porém, que os alimentos provisionais podem ser fixados por ato que põe termo ao processo, i. é, por sentença, quando pleiteados através ação cautelar (art. 852, CPC).

Não poderia a lei, por conseguinte, ao regular a execução de prestação alimentícia provisional, referir-se apenas a decisão, pois que alimentos provisionais também podem ser fixados por sentença. Daí a necessidade de valer-se o legislador das duas palavras (sentença e decisão) unidas pela conjunção *ou*. O emprego desta conjunção indica ser irrelevante a espécie do provimento jurisdicional que fixou a prestação alimentícia, o procedimento para a execução pessoal sempre será o mesmo. O que é indispensável, para a incidência das regras do "caput" e parágrafos do art. 733, é que tal provimento verse sempre sobre alimentos provisionais.

Esta interpretação do art. 733 levou respeitável corrente de opinião a concluir que, em se tratando de execução de prestação alimentícia definitiva, é inaplicável a prisão civil. Nesta hipótese, somente seria possível a execução no patrimônio do devedor, na forma prescrita no art. 732, única norma do Código a tratar de alimentos definitivos, isto é, fixados em sentença condenatória.

> "A omissão do diploma processual vigente a respeito da prisão para as demais hipóteses de falta de pagamento de prestação alimentícia, que não sejam as provenientes de alimentos provisionais, importa, segundo entendo, na revogação do CPC anterior e das disposições da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, que estabeleciam essa providência. E não é possível, com base no § 1º, do art. 733, do CPC de 1973, decretar-se prisão para hipótese nele não prevista, visto que, em se tratando de medida de cerceamento da liberdade individual, não pode ser interpretado por analogia ou extensão" (ac. da 3a. Câm. Cível do TIRGSul, de 19.8.1976, in RJTJRGS, vol. 59/218).

O defeito dessa interpretação é o de ater-se somente às disposições do Código de Processo Civil, esquecendo que a Lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973, revigorou e manteve íntegro o texto do § 1º do art. 19 da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, como se demonstrará mais adiante.

Ademais, uma vez adotada, tornaria muito difícil executar as prestações alimentícias definitivas, pois os devedores de alimentos, na maioria dos casos, segundo revela a experiência nas curadorias de família, não são proprietários de bens penhoráveis. As mulheres casadas pelo regime da comunhão de bens, por outro lado, não podendo penhorar bens comuns, ver-se-iam frente a um problema insolúvel.

5 — A LEI Nº 6.014, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1973

A Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que veio adaptar ao novo estatuto processual civil as leis nela mencionadas, demonstra que a melhor interpretação do artigo 733 é a aqui adotada. Em realidade, esta lei revigorou os preceitos contidos no "caput" e no parágrafo 1º do art. 19 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, mantendo, expressamente, a redação original.

Assim, o prazo da lei especial de alimentos para a prisão do devedor continua não podendo ultrapassar sessenta dias, ao contrário do prazo do art. 733 da lei processual, que vai até três meses. O parágrafo 1º, do art. 19, como já foi mencionado, conservou a mesma redação que permitiu a reiteração da prisão, antes vedada pelo art. 921 do Código de 1939.

Ora, se a lei que teve por finalidade adaptar, entre outras, a Lei nº 5.478 ao novo Código de Processo Civil, manteve expressamente a redação de dispositivos que, aparentemente, com este conflitam, é porque quis evidenciar a existência de dois diferentes regimes, regulando duas situações diversas: a do devedor de alimentos provisionais e a do devedor de alimentos definitivos.

Não cabe, assim, cogitar de revogação do § 2º do art. 733 do CPC, tal como decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 28 de setembro de 1976, o RHC n. 54.796, cuja ementa é a seguinte:

> "Prisão por inadimplemento de obrigação alimentar. Pode ser decretada e imposta, tantas vezes quantas necessárias ao cumprimento da obrigação. O impedimento do art. 733, do CPC, foi revogado pelo art. 4º da Lei 6.014, de 27.12.73, que .restabeleceu o § 1º do art. 2º da Lei n. 5.478, de 85.7.68" *(in* D.J.U., de 5.11.76, p. 9606).

Embora certo que o preceito do § 2º do art. 733 não se justifica moral ou tecnicamente, sendo incompatível com a realidade, não se aceita a conclusão de que o art. 4º da Lei n. 6.010/73, tenha revogado o impedimento do art. 733 do CPC, pois, ao dar nova redação ao art. 18 da Lei n. 5.478/68, manda aplicar aquele dispositivo, quando não for possível a satisfação do débito sobre a forma de desconto em folha, ou cobrança em aluguéis e outros rendimentos.

Há, porém, ainda uma outra dificuldade a vencer. É decorrente do texto do art. 18 da lei especial, com a nova redação dada pela Lei nº 6.014, "in verbis":

> "Se, ainda assim, não fôr possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da

sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil".

Como se vê manda observar o disposto no art. 733, que proibe a repetição da prisão por causa de inadimplemento de prestação alimentícia. Estaria, então, o art. 18, trazendo para a lei especial uma restrição que não foi colocada no parágrafo primeiro do art. 19?

Para se responder a mais esta indagação deve ser lembrado que a Lei nº 5.478 não trata apenas de alimentos definitivos. Também regula a fixação de alimentos provisionais, dispondo o art. 4º que

> "Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita".

No mesmo sentido o art. 852 do Código de Processo Civil:

> "É lícito pedir alimentos:..... II — nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial".

Alimentos provisórios, segundo a lei especial, ou alimentos provisionais, conforme o estatuto processual, ambas as denominações referem-se ao "alimenta in litem", cuja execução está prevista nos artigos 732, 733 e 735 do C.P.C. Isto quer dizer que os alimentos provisionais quando fixados em ação de alimentos, com base no art. 4º da lei especial, sua execução obedecerá aos dispositivos antes referidos, vedada, conseqüentemente, a reiteração da prisão. No entanto, se os alimentos tiverem sido fixados em sentença condenatória ou por acordo, aplicável o art. 19 e seus parágrafos.

6 — O DUPLO TRATAMENTO

Não se compreende a duplicidade de tratamento na execução de alimentos definitivos e provisionais, pois a única diferença entre as duas espécies consiste em que os últimos compreendem, além do necessário à subsistência do alimentário, o necessário ao pagamento das despesas processuais e dos honorários de advogado. Visam habilitar o autor com os meios indispensáveis à realização de seu direito (Pontes de Miranda, TRATADO DE DIREITO PRIVADO, vol. 9, p. 210).

Também entre credores e devedores de ambas as espécies não existe diferença alguma. Os primeiros, quer lhe sejam devidos alimentos definitivos ou provisionais, não podem, igualmente, deles prescindir. Entre os últimos, ao lado dos que possuem bens penhoráveis ou são assalariados, há os que são trabalhadores autônomos e não são proprietários de tais bens. O único meio coercitivo de levá-los ao cumprimento da obrigação é a prisão.

O argumento de que os alimentos provisionais são devidos apenas na pendência da lide e que, dada a exigüidade dos prazos, não haveria necessidade de impor, mais de uma vez a medida extrema, não procede, pois todos sabem das deficiências dos serviços judiciários, que provocam a lenta marcha dos processos.

Aconselhável, portanto, a uniformidade de tratamento, alterando-se o parágrafo 2º do art. 773 do Código de Processo Civil, a fim de que fique redigido da mesma forma que o parágrafo 1º do art. 19 da Lei nº 5.478. A insólita situação presente, vem causando prejuízos aos credores de alimentos, pois juízes e tribunais, perplexos diante da diversidade de tratamento dado à execução de alimentos definitivos e provisionais, excluem a possibilidade de decretar a privação de liberdade do devedor solvente por mais de uma vez, fazendo voltar as mesmas dificuldades que tanto prejudicaram os alimentários antes do advento da Lei nº 5.478, de 28 de julho de 1968.

CONCLUSÕES

A. — A restrição contida no art. 733, § 2º, do Código de Processo Civil, diz respeito somente ao devedor de prestação alimentícia provisional;

B. — Continuam em vigor as regras do art. 19 da Lei nº 5.478, de 28 de julho de 1968, que permitem a reiteração da prisão do devedor de prestação alimentícia definitiva;

C. — Não há razão para a duplicidade de tratamento, sendo recomendável a eliminação da parte final do parágrafo 2º do art. 733 do Código de Processo Civil.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DA PROVISÃO AD LITEM NAS AÇÕES DE OFERECIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

Hugo Jerke
Promotor de Justiça — Rio de Janeiro

SUMÁRIO

I — Introdução.
II — Alimentos. Conceito. Das várias espécies de alimentos. Fundamentos da obrigação alimentar. Os alimentos conjugais.
III — Alimentos provisionais. Dios a quo o dios ad quem. Sua fixação e finalidade.
IV — Oferecimento de pensão alimentícia. Oferecimento irrisório: prática reiterada nos dias atuais. A difícil situação do credor frente ao oferecimento irreal. A fixação dos provisionais nas ações de oferecimento de pensão alimentícia. Momento adequado e critérios de fixação.
V — Conclusão e proposta.

I — INTRODUÇÃO

A ascensão da mulher na sociedade brasileira desencadeou, desde os primórdios deste século, conseqüências das mais diversas.

Como esperado, no campo do Direito reflexos da participação feminina fizeram-se sentir, principalmente no que tange ao Direito de Família, onde o legislador pátrio procurou dotar nossas leis de recursos capazes de amparar e proteger a mulher.

Adveio dessa efetiva atuação feminista uma legislação específica, como, v.g., a Lei nº 4.121/62, que estabelece a situação jurídica da mulher casada, o Decreto nº 64.216/69, que prevê a convenção sobre seus direitos políticos, e a festejada Lei nº 5.478/68 que dispõe sobre a ação de alimentos.

Estas despretenciosas linhas resultam de observações feitas, dia a dia, nas Varas de Família onde exercemos nossas funções.

O cotidiano forense faz-nos sentir que, embora o legislador não se tenha olvidado da proteção à mulher, muito ainda está para ser feito, no particular.

Procuramos, no presente trabalho, enfocar o aspecto prático decorrente das ações de oferecimento de pensão alimentícia, prevista no art. 24 da Lei nº 5.478/68, ações essas que, por sua excessiva quantidade, já assombram as varas especializadas.

Na medida que se acumulam tais ações, vão, paralelamente, através de facetas diversas, surgindo óbices intransponíveis à mulher, em geral ré na relação processual.

O aspecto negativo desse novo tipo de procedimento judicial reside justamente na impossibilidade jurídica da fixação de alimentos provisionais para a mulher no curso da lide.

Sem descermos às profundezas doutrinárias ensejadas pelo tema, demonstraremos a necessidade da legislação disciplinar a hipótese dos alimentos provisionais nas ações de oferecimento de pensão alimentícia.

Preliminarmente, damos leve noção sobre alimentos, as espécies de alimentos, a obrigação alimentar e os alimentos conjugais. Em seguida, discorremos sobre os provisionais e, por derradeiro, atingimos o âmago do estudo, apresentando os problemas mais corriqueiros que o oferecimento de pensão alimentícia proporciona.

Finalizando o trabalho, fazemos aos Doutos Colegas Congressistas uma proposição no sentido de se agregar ao texto do art. 24 da Lei nº 5.478/68 o parágrafo sugerido em conclusão.

II — ALIMENTOS. CONCEITO. DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE ALIMENTOS. FUNDAMENTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. OS ALIMENTOS CONJUGAIS.

Alimentos, lato sensu, significa tudo aquilo que faz subsistir ou conservar alguém. Nesta acepção, simplista por excelência, confundem-se os alimentos com mantimento, sustento ou alimentação, enfim, toda substância que, ingerida por ser vivo, o alimenta ou nutre.

Já sob apreciação técnica, devem-se ter os alimentos como tudo que é necessário para satisfazer o sustento, habitação e vestuário.

J. M. Carvalho Santos classifica as várias espécies de alimentos em naturais, civis, legítimos, deixados ou prometidos, provisionais, pretéritos e futuros (1).

Os alimentos naturais (necessariam vitae) abrangem o estritamente indispensável à vida de alguém, como alimentação, medicamentos, vestuário e habitação.

Os civis (necessarium personae) compreendem as necessidades intelectuais e morais, de acordo com a posição social do alimentado. São legítimos os que se atribuem por direito de sangue ou parentesco; prometidos, os que decorrem de disposição testamentária ou de contrato (2); pretéritos, os que embora devidos não foram prestados e futuros os que se concedem de determinada data em diante.

Alimentos provisionais (alimenta in litem) são os outorgados no decurso da lide provisoriamente, até decisão final, para prover às despesas da causa e à sustentação do alimentário (art. 852, parágrafo único do CPC).

Deles trataremos adiante, mais detalhadamente.

A obrigação alimentar é de caráter subsidiário, só surgindo quando o alimentando não possui bens, nem pode prover, por seu trabalho, à própria mantença e está condicionada à possibilidade de quem a presta, sem desfalque do necessário ao seu sustento (art. 399 do Código Civil).

Não é lícito perquirir as causas da necessidade do benefício a quem são devidos os alimentos, bastando o preenchimento dos requisitos legais: não possuir bens, nem poder prover, por seu trabalho, à própria mentença, e ter o devedor capacidade de prestá-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Isto porque a obrigação de dar alimentos origina-se da solidariedade que o parentesco determina entre os membros da mesma família.

Nesse sentido, a lição de Clóvis:

> "Aquele que possui bens ou que está em condições de prover à sua subsistência por seu trabalho não tem direito de viver à custa dos outros. O ins-

(1) — Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. VI, pág. 157.

(2) — cfr. art. 1.424 do Código Civil, Da Constituição de Rendas.

tituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo. Eles se dão *pietatis causa, ad necessitatem, não ad utilitatem* e, muito menos, *ad voluptatem*. Mas não se recusam alimentos ao que está deles necessitando, sob fundamento de que, por culpa sua, se acha na miséria" (3).

A par da incumbência atribuída ao Estado de amparar todos os que não podem prover à própria subsistência, mantem-se a solidariedade familiar neste aspecto, persistindo a consciência de que aos ligados por laços de parentesco cabe reciprocamente a prestação alimentar.

Como preleciona Orlando Gomes, "os laços que unem, por um imperativo da própria natureza, os membros de uma mesma família impõem esse dever moral, convertido em obrigação jurídica como corretivo às distorções do sentimento de solidariedade" (4).

A obrigação alimentar pode resultar da lei (alimentos legítimos), por força do vínculo de parentesco, de testamento (alimentos deixados), de sentença condenatória por prática de ato ilícito (em caso de homicídio, por exemplo) ou de contrato.

Vão-nos interessar, precipuamente, neste trabalho, os alimentos resultantes da lei e os devidos ao cônjuge por ocasião do término da sociedade conjugal ou quando há separação de fato.

É de se notar, en passant, que o anteprojeto do Código Civil (Projeto de lei nº 634 de 1975), diversamente do Estatuto vigente, engloba o cônjuge na obrigação de prestar alimentos, tornando-se, pois, *in casu*, legais ou resultantes de lei:

> "Art. 1.749 — Podem os parentes *ou os cônjuges pedir uns aos outros* os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, quando o beneficiário for menor". (grifos nossos).

A prestação de alimentos não se confunde, com o dever de prover à manutenção da família (art. 233, IV do Código Civil), já que esta obrigação independe da existência dos pressupostos objetivos da obrigação alimentar.

---

(3) — Clóvis Beviláqua, "Código Civil Brasileiro Comentado", vol. II, pág. 390.
(4) — "Direito de Família", pág. 325.

Só se cogita, destarte, da prestação alimentar, uma vez cessada a convivência conjugal, pois, aí, o dever de sustento alcança aspectos outros. Tal cogitação, porém, é inaplicável aos alimentos legais ou resultantes de lei, frente ao nosso estatuto substantivo em vigor.

III — Alimentos provisionais. *Dios a quo* e *ad quem*. Sua fixação e finalidade.

Alimentos provionais *(alimenta in litem* ou *espensa litis)* são os que abrangem os recursos necessários ao sustento, habitação e vestuário do alimentando, bem como as despesas para custear a demanda (1).

Portanto, além dos pressupostos comuns aos alimentos (necessidade de quem os postula e possibilidade do devedor), há um terceiro requisito característico dos provisionais: a lide pendente ou a pender (na hipótese de medida cautelar).

Como se depreende do próprio nome, os alimentos provisionais são temporários. Surgem com o despacho concessivo e findam com o trânsito em julgado da lide originária.

Para sua fixação, deve o juiz lançar mão dos critérios gerais, ou seja, dos critérios válidos para a fixação dos alimentos comuns, o que vale dizer, nos termos da lei, na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (art. 400 do Código Civil).

Segundo Lafayette, os provisionais podem ser pedidos em qualquer estado da causa, ainda pendendo apelação; taxa-os o juiz segundo a qualidade da pessoa e o valor da causa principal e para sua decretação basta uma forte presunção do alegado parentesco (2).

No que tange às ações de alimentos, a fixação é obrigatória, como faz certo o art. 4º da Lei nº 5.478 (o juiz *fixará),* salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

No entender de Pontes de Miranda, compreendem os provisionais "o necessário à mantença, roupa, remédios, etc; o necessário para a procura e produção das provas na causa de que se tratar; as custas e mais despesas regulares feitas em juízo; os honorários dos advogados; a execução da sentença" (3).

Os provisionais são devidos para atender ao sustento e às despesas com a ação de desquite e de anulação de casamento, desde que

---

(1) — Sobre alimentos provisionais no desquite, remetemos ao excelente trabalho da Dra. Eleusa Andrade Pereira, Promotora de Justiça em Minas Gerais, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia, vol. 4, nº 1/2.

(2) — "Direito de Família", § 113.

(3) — "Tratado de Direito Privado", Tomo IX, pág. 211.

estejam separados os cônjuges, e nas ações de alimentos (art. 852 e incisos do CPC).

Com o advento do novo estatuto civil adjetivo, criou-se outra modalidade de provisionais. São os tratados no art. 854, parágrafo único do supramencionado diploma legal que, ao disciplinar os procedimentos cautelares específicos, reza:

Art. 854 — .....

Parágrafo único. O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para mantença".

Vê-se, pois, que tais provisionais independem da audiência do requerido e constituem uma mensalidade para a mantença do requerente, concedidos de plano pelo juiz.

Sendo uma resultante do direito aos alimentos, a provisão *ad liten* poderia, em tese, ser concedida da mesma forma que a prestação alimentar.

Porém, como é bem observado por Aubry et Rau, dada a sua finalidade, ao contrário dos alimentos comuns, que podem ser fornecidos em natureza, a provisão *ad liden* deverá ser fornecida necessariamente em dinheiro (4).

IV — Oferecimento de pensão alimentícia. Oferecimento irrisório: prática reiterada nos dias atuais. A difícil situação do credor frente ao oferecimento irreal. A fixação dos provisionais nas ações de oferecimento de pensão alimentícia. Momento adequado e critérios de fixação.

Com o advento da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, dando celeridade às ações de alimentos, multiplicaram-se, nos foruns brasileiros, as demandas que visam o sustento dos necessitados.

As lides alimentícias, assoberbando as diversas varas especializadas, provocam inevitável acúmulo de serviço de tal forma que a rapidez e urgência preconizadas na legislação específica, com o objetivo de acelerar a solução de tais casos, no direito aplicado, tornam-se ineficazes, mormente nas comarcas de maior movimento, onde uma audiência preliminar de conciliação (obrigatória pela Lei nº 968) é designada para após, no mínimo, seis meses do despacho inicial.

Frente ao quadro que se nos apresenta, chega-se à conclusão de que, dada a demora normal de uma ação, os alimentos provisio-

(4) — Cours, vol. III, § 493.

nais são totalmente primordiais e, até mesmo, indispensáveis, dependendo deles, muitas vezes, o êxito da causa principal.

Outra conseqüência da Lei nº 5.478, bastante comum hoje em dia, é a proposição da ação de oferecimento de pensão alimentícia com fulcro no art. 24 da citada lei.

O responsável pelo sustento da família — normalmente o marido —, após deixar o lar conjugal (1), vai a juízo e, declarando seus rendimentos, pede a citação do credor (ou credores) — normalmente a mulher — para comparecer à audiência de conciliação, destinada à fixação dos alimentos devidos.

O oferecimento, feito raras vezes em bases reais e sinceras, visa, via de regra, um único fim: a iniciativa da fixação da pensão para evitar que a mulher, vendo-se abandonada, intente ação de alimentos contra o marido devedor.

Tais atitudes são prenúncio de desquite litigioso e nascem após a separação de fato do casal, obstaculizando a ação da mulher que se vê na contingência de ir a juízo pleitear os alimentos para sua subsistência e, geralmente, dos filhos do casal.

No dia a dia forense nota-se distribuição de várias ações de oferecimento calcadas em bases irrisórias para apenas espezinhar a mulher, onde o devedor, de quem já está irremediavelmente separada, com lar desfeito, oferece pensão alimentícia em padrões muito aquém das reais necessidades do credor.

Ordenando o juiz, ao despachar a inicial, a citação do credor e designando, desde logo, data para a audiência conciliatória — normalmente para após vários meses — fica a mulher, ao receber a citação, em condição *sui generis*. Vejamos:

a) com a citação, induzida está a litispendência (arts. 219, 301 e seguintes do CPC), não podendo ajuizar ação de alimentos, sob pena de ver o processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, V do CPC);

b) se contestar a ação, mesmo provando que o oferecido é irrisório e insuficiente, não pode pedir provisionais, pois a lei não prevê a hipótese;

c) se provar que o oferecido é insuficiente e que o devedor se acha em situação de fornecer além do que pretende, apenas o juiz poderá julgar improcedente a ação de oferecimento mas jamais fixar pensão dentro dos padrões necessários. Assim, se desencadeada a

(1) — Pelo texto legal, não necessita declinar o motivo pelo qual deixa a residência comum.

dissolução conjugal, abandonando o lar o marido, ingressar este com um oferecimento de, p. ex., Cr$ 500,00 e provando a mulher, ou credor, que o devedor pode pensionar em Cr$ 3.000,00, ainda assim o juiz estará impossibilitado de fixar a pensão nestes termos, o que configuraria um julgamento *ultra petita;*

d) não pode, ainda, a mulher (ou credor) ingressar com o processo cautelar disciplinado na secção VII, capítulo II, livro III do Código de Processo Civil, já que não prevista a hipótese pelo legislador (arts. 852 e incisos) (2).

Resta-lhe, pois, colocar-se, por força do procedimento ardiloso do devedor, à espera da audiência conciliatória designada e, conseqüentemente, do fim da demanda para poder, então, ajuizar ação de alimentos ou, se aceitar o oferecimento, ação revisional.

Surge, então, a incômoda indagação: será que até lá conseguirá sobreviver às vicissitudes que a vida hodierna impõe?

Sobre os provisionais, Orlando Gomes, referindo-se ao inciso VIII do art. 676 do revogado CPC (hoje art. 852 e incisos), comenta:

> "Para estas pessoas, há expressa referência na lei (3). Para os outros credores potenciais de alimentos, a lei é omissa. Não obstante, deve-se-lhes assegurar o mesmo direito, pois a própria ação obriga a despesas e, ainda que possa ser intentada com os favores da assistência judiciária, não seria justo que o autor fosse obrigado a aguardar a sentença. A antecipação, pela concessão de alimentos provisórios, deve ser determinada" (4).

No mesmo sentido Clóvis, citado por Carvalho Santos (5).

Com efeito, se a lei determina que é lícito pedir provisionais nas ações de desquite, de anulação de casamento e de alimentos (art. 852 e incisos do CPC), justo sejam eles fixados nas ações de oferecimento de pensão alimentícia. Com isso resguardar-se-á a manutenção do credor durante a lide, proporcionando-lhe os meios de produzir as provas e realizar as despesas que se fizerem necessárias, inclusive com honorários advocatícios.

---

(2) — cfr. Roberto Barcellos de Magalhães, Comentários ao Novo Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 150.

(3) — "Devem-se alimentos provisionais: a) à mulher, para atender ao sustento e às despesas com a ação de desquite, nulidade ou anulação do casamento; b) aos filhos sob pátrio-poder se deste foi suspenso ou destituído o pai; c) aos pupilos e curatelados no curso de destituição dos respectivos tutores ou curadores". Op. cit., pág. 346.

(4) — Op. cit., pág. 346.

(5) — idem, pág. 202.

Há de se considerar, também, o momento ideal para a fixação dos privisionais. No nosso entender, ao contrário das ações de alimentos, a fixação, ao se despachar a inicial, traria inconvenientes pois o juiz teria apenas as declarações do devedor como elemento de convicção, podendo ser as informações preliminares calcadas em falsas premissas e, ainda que fossem suficientes os provisionais fixados no despacho inicial, poderia o credor, ao oferecer resposta, declarar que deles não necessita, hipótese, aliás, do art. 4º, *in fine*, da Lei nº 5.478.

Cremos, destarte, que o momento propício para a fixação dos provisionais seria por ocasião do recebimento da contestação, desde que o credor declare expressamente a necessidade dos alimentos provisionais. Aí sim terá o julgador base mais segura sobre a qual poderá fixar, com justeza, a pensão provisória.

Os critérios para a fixação seriam os mesmos adotados para os alimentos definitivos, regidos pelo art. 400 do Código Civil, observados os requisitos já mencionados no capítulo anterior.

V — Conclusão e proposta.

Como ficou demonstrado no bojo do presente trabalho, o credor de alimentos, quando réu na ação de oferecimento de pensão alimentícia, está completamente desamparado face à legislação atual.

Visando corrigir a distorção, objetivando o indispensável equilíbrio nas relações processuais entre as partes demandantes, submetemos à douta apreciação dos Colegas Congressistas redação complementar ao art. 24 da Lei nº 5.478/68, nos termos seguintes:

> Art. 24 — .....
> Parágrafo único. Ao despachar a contestação, o juiz fixará desde logo os alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

OBRAS CONSULTADAS:

1. Aubry et Rau — Cours.
2. Beviláqua, Clóvis — Código Civil Comentado.
3. Gomes, Orlando — Direito de Família.
4. Lafayette — Direito de Família.
5. Magalhães, Roberto Barcellos de — Comentários ao Novo Código de Processo Civil.
6. Miranda, Pontes de — Tratado de Direito Privado.
7. Santos, J. N. Carvalho — Código Civil Brasileiro Interpretado.

Publicações e revistas:

Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia.

Revista de Informação Legislativa.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DA INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL E RECONVENÇÃO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

Darcilo Melo Costa
Promotor Público

A ação de alimentos, regida pela Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968, é processo especial de feições realmente peculiares, sobressaindo a celeridade que foi imprimida no seu rito procedimental. Sendo como é, de 1969, anterior é ao vigente Código de Processo Civil. Observam os tratadistas que nosso Direito Processual não contava, devidamente regulado, o instituto da ação declaratória incidental, que somente no novo Código, (arts. 5º e 325) veio tomar forma devida, livre do tratamento assistemático do regime passado, situado dispersadamente pelo velho Código: parágrafo único do art. 2º; art. 717 a 719; parágrafo único do art. 383; art. 1.010.

A questão é saber-se: pode o réu na ação de alimentos, em sua resposta de defesa, intentar ação declaratória incidente ou reconvenção, pedindo ao juiz sentença de declaração negativa de paternidade?

I — O Código passado dispunha que nas ações de alimentos (art. 192, II) não se admitia reconvenção. O estatuto atual não conta com dispositivo semelhante; mas pelo art. 315 § 2º diz que "não se admitirá reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo". Isto posto, vejamos as afinidades entre o procedimento alimentar e o sumaríssimo; entre a reconvenção e a ação declaratória incidental.

Dissemos que a ação de alimentos é de procedimento célere; podemos dizer sumário, visualisando nele as características do procedimento "sumaríssimo" do vigente Código. Por que podemos visualisar essas características? Pelo art. 4º da Lei nº 5.478, o juiz ao despa-

char a petição inicial desde logo pode arbitrar alimentos provisionais; a citação é feita pela cópia da petição (segunda via que o autor junta à Inicial), para maior presteza do chamamento do réu, à semelhança do que se prescreve para a ação de mandado de segurança (rito especial sumário); a contestação escrita, apresentada antes da audiência, como se observa no procedimento ordinário, não é a forma adotada, respondendo o réu com defesa escrita ou oral, no momento mesmo da audiência (art. 9º), como se faz na Justiça do Trabalho (processo celere ou sumario — cfr. Nelson Carneiro, A Nova Ação de Alimentos, pág. 61, 2ª ed.) Estas peculiaridades são adotadas no novo Código — art. 278 — ao tratar do procedimento sumaríssimo.

II — O Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA diz que "a ação declaratória incidental equipara-se substancialmente a uma reconvenção; aliás, a reconvenção pode ser utilizada com a finalidade típica de ação declaratória incidental" — O Novo Processo Civil Brasileiro, pág. 143 (sublinhamos: equipara-se substancialmente a uma reconvenção").

Também ADA PELEGRINE GRINOVER, Mestra insigne da Faculdade do Largo do São Francisco, observa igualmente: "Diante disto, quer-nos parecer que a declaratória incidente só pode ser proposta, pelo réu, no prazo da reconvenção (até mesmo sob forma de reconvenção) e pelo autor, no prazo do art. 325" — Direito Processual Civil, pág. 62, reiterando observação anterior, à pág. 58. No mesmo sentido preleciona JOSÉ FREDERICO MARQUES: "O pedido de julgamento de declaratória incidental tem na reconvenção o seu instrumento procedimental" — Manual de Direito Processual Civil, vol. II, pág. 94. Torna ao assunto adiante, à pág. 108: "e se a declaratória for proposta pelo réu, haverá reconvenção e processo cumulativo contrastante" (veja-se ainda a nota 1 à mesma página).

Finalmente acrescentemos a estas observações de semelhanças entre a reconvenção e a declaratória incidente, afirmações incisivas dos autores citados, sobre a inadmissibilidade dos incidentes em apreço em processos sumaríssimos:

> Ressalve-se unicamente a referência à necessidade de renovar-se a citação na hipótese de o autor requerer a declaratória incidente de relação prejudicial; essa hipótese não se verifica no procedimento sumaríssimo, que não comporta ação declaratória incidental" — Barbosa Moreira, obr. cit. pág. 164. Parece-nos que não possa ser ajuizada ação declaratória incidente em processo de rito sumaríssimo, onde a lei proibe expressamente reconvenção" — Ada Pellegrine, obr. cit., pág. 67.

Temos pois que a ação declaratória incidental é uma modalidade de reconvenção, e assim, pelo art. 315 § 2º do C.P.C. está abrangida na sua proibição, conforme concluem os autores citados.

III — A ação declaratória, reconvenção que é, pois outra coisa não é senão ação do réu contra o autor, inserida em um processo já instaurado, é caso de prejudicial interna. Importa em reunião de processo — simultaneus processus — por conexão, ou mais precisamente, continência (art. 104). Mas, se assim é, sobre o fato incidem as disposições do parágrafo 2º do art. 292:

> Quando para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação se o autor empregar o procedimento *ordinário*" (sublinhamos).

Ora se ao réu-reconvinte pode interessar a conversão do rito *sumário* da ação alimentar para o *ordinário*, é extreme de dúvidas que nunca o autor reconvindo abrirá mão do rito sumário de sua ação de alimentos. E seria violentar o equilíbrio processual dos litigantes, o juiz impor o rito ordinário ao processo, em detrimento do interesse de uma das partes.

Escreve FREDERICO MARQUES: "A cumulação objetiva pode ser inicial ou posterior, verificando-se esta quando houver — a) pedido reconvencional; b) ação declaratória incidental; c) reunião de processo" — Manual, pág. 62, vol. II. Mais uma vez vemos o tratamento conjunto da reconvenção com a declaratória incidente.

IV — Com efeito, a incompatibilidade dos procedimentos é manifesta. A declaratória incidental, pedindo declaração negativa de paternidade (pelo réu), tomaria corpo em rito *ordinário*, e assim, um caminho complexo teria que ser percorrido, tumultuando a ação principal de alimentos, frustrando as finalidades do rito especial; realmente, a ação declaratória incidental ensejaria: dilações probatórias, abertura de prazo para contestação do autor-reconvindo; exame pelo juiz das providências preliminares; etc. Não vemos como tolerar-se a complexidade que tal, num procedimento que a lei determina seja breve.

Não se veja na proposição cerceamento de defesa. O réu pode alegar a inexistencia da relação de paternidade para efeito de eximir-se da obrigação alimentar, por não existir o parentesco, fundamentando sua contestação e invocando o art. 2º da lei de alimentos. Acatando a alegação, esta se apresenta como "motivo importante" a lastrear a parte dispositiva da sentença, os fundamentos da decisão; apenas a alegação reconhecida não terá a cobertura da coisa julgada — art. 469 do C.P.C. A aparente diminuição de defesa consiste tão so-

mente em não admitir-se a faculdade prevista no artigo seguinte, e art. 470, que estabelece: "faz todavia coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (art. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide".

V — Por último é de ressaltar-se que o réu somente poderá intentar ação declaratória incidente visando a declaração negativa de paternidade se o seu estado civil for o de solteiro. É um outro aspecto singular, atinente à defesa de devedor demandado em alimentos.

É que sendo casado, não se concebe investigação ou declaração de parternidade de filho havido *extra matrimoniun*, nos precisos termos da Lei nº 883 de 1949. Mais uma razão de ordem processual a sustentar a tese. Configura-se hipótese de impossibilidade jurídica de o pedido (no caso, do réu) receber tutela jurisdicional. Atente-se a que a possibilidade jurídica é uma das condições da ação, cuja inexistência acarreta a extinção do processo.

Poder-se-á argumentar que se é impossível juridicamente declarar-se paternidade adulterina, possível é a declaração de não paternidade. Ocorre que a assertiva contraria o princípio da igualdade das partes perante o Juízo. Ao autor que pede, contrapõe-se o réu que se defende, ou contra-ataca; mas a jurisdição é uma só. Iniciada a demanda, a expectativa de decisão não pode variar em qualidade; o juiz dirá o direito do autor; em outra alternativa, dirá o direito do réu. Pode o juiz dizer que o suposto devedor de alimentos *não é pai do credor*, o alimentando; mas não pode dizer o contrário, ou seja, não pode dizer que o devedor (réu-alimentante) é o pai do credor (autor-alimentando), porquanto não se declara judicialmente a paternidade adulterina. Com efeito, o litigio, a medalha da controvérsia que se apresenta ao juiz não pode ser apreciada do ponto de vista de um só de seus lados; seria infringência, repetimos, ao princípio da igualdade processual das partes.

CONCLUSÃO

1ª) A ação de alimentos é de procedimento especial, análogo ao *sumaríssimo;*

2ª) A ação declaratória incidental, objetivando declaração negativa de paternidade, é substancialmente uma *reconvenção;*

3ª) Em procedimento sumaríssimo *não se admite reconvenção;*

4ª) Investigação ou declaração de paternidade somente se procede pelo rito *ordinário;*

5ª) Pelo exposto, conclui-se ser inadmissível em ação de alimentos, ação declaratória incidental visando a declaração negativa de paternidade.

AUTORES CONSULTADOS

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — O Novo Processo Civil Brasileiro.

ADA PELLIGRINI GRINOVER — Direito Processual Civil.

JOSÉ FREDERICO MARQUES — Manual de Direito Processual Civil, vol. II.

HELIO TORNAGHI — Comentário ao Código de Processo Civil, vol. I.

WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL — Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III.

CELSO AGRICOLA BARBI — Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, tomo I.

J.J. CALMON DOS PASSOS — Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III.

NELSON CARNEIRO — A Nova Ação de Alimentos, 2ª ed.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

CHAMAMENTO DA SEGURADORA AO PROCESSO

Simão Isaac Benjó
Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1 — Dispõe o artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973, ser obrigatória a denunciação da lide àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

2 — Em face desse preceito, vêm alguns entendendo ter o novo Código admitido a denunciação da lide à seguradora, pelo segurado, quando acionado pela vítima nos chamados casos de responsabilidade civil, em que o seguro foi feito em caráter facultativo.

3 — Há até, mesmo, julgados em 2º grau de jurisdição nesse sentido.

Assim, no acórdão proferido pela 5ª C. Cível do T. de Justiça de São Paulo, na apelação Cível nº 227.957, Relator Des. CARLOS ANTONINI, ao se decidir a causa sob o regime do Código de 1939, afirmou-se ser a tese válida em qualquer dos 2 diplomas processuais:

> "... Quanto ao agravo no auto do processo de fls., verifica-se que a agravante, companhia seguradora, foi citada para integrar a lide a pedido da co-ré, causadora do dano, para o que obteve a anuência do autor. Não podia pretender sua exclusão do feito a pretexto de que terceira estranha às relações entre as partes originárias. O contrato de seguro objetiva garantir o contraente contra indenizações pelas quais venha a responder perante terceiros. Assim sendo, pode ser o segurado chamado à lide

para arcar com a indenização, solidariamente, até o limite contratual, caso a demanda vingue contra o segurado. Aliás, como lembrado pelo eminente Terceiro Juiz na sessão de julgamento, o novo Código de Processo Civil ampliou os casos de denunciação da lide, abarcando hipóteses como a dos autos — art. 70, n. III" (*Rev. dos Tribunais*, vol. 468, pág. 72).

4 — CELSO AGRÍCOLA BARBI entende não ter o segurado o dever de denunciar à lide:

"...O problema é de grande importância prática, dadas as consequências da falta de denunciação, que leva à perda do direito pelo que deixou de denunciar a lide...

Dado o rigor com que a lei trata a falta de denunciação modificando o direito substancial, mas o fazendo com pouco rigor técnico, dando margem, com isto, a dúvidas, entendemos que se deve interpretar a norma do ítem III restritivamente.

Assim, na expressão "ação regressiva" só se devem compreender os casos em que o direito provém de outra pessoa, isto é, que foi cedido ou transferido por alguém ao que deve denunciá-lo. É o que se dá no caso da evicção e nos previstos no ítem II.

Ora, no caso do seguro, a seguradora não cedeu ou transferiu qualquer direito ao denunciante. Apenas se obrigou a indenizá-lo, em caso de ser ele constrangido a pagar prejuízos a outrem. Não existe, portanto, o direito de garantia que, normalmente, justifica a denúncia da lide: por esses motivos, entendemos que a norma do ítem III não se aplica ao segurado que for acionado pela vítima para pagamento de quantias por dano que causou. Não é ele obrigado a denunciar a lide à companhia onde se segurou para a hipótese de ocorrer aquele pagamento". (*Comentários ao Código de Processo Civil* I Vol., Tomo II, ps. 342/343 — Forense).

5 — A 1ª Câmara Cível do I Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, em recente acórdão, reformou sentença que havia condenado a seguradora (denunciada à lide) e o segurado (denunciante) ao pagamento de certa indenização.

Entendeu-se que não se podia falar em direito à ação regressiva do segurado contra a seguradora, que, por isso, foi excluída da condenação.

Não obstante, concedeu, ao segurado, o direito de exigir a dívida da seguradora, com base na sentença.

6 — Em face das dúvidas e da confusão que reinam sobre a matéria, julgamos útil um estudo sistemático, que nos leve a estabelecer conclusões sobre a hipótese em apreço e que acreditamos possam ser adotadas pelos ilustres participantes do Congresso Nacional do Ministério Público.

7 — O Código de Processo Civil vigente conhece quatro casos de intervenção de terceiros:

a) oposição;
b) nomeação à autoria;
c) denunciação da lide;
d) chamamento ao processo.

8 — Em relação às duas primeiras figuras, o Código de 1973 consagrou disciplina que não se afasta substancialmente da constante do diploma anterior. Nada têm a ver essas hipóteses com a matéria em exame.

9 — A denunciação da lide constitui uma ampliação do chamamento à autoria, previsto no Código de 1939.

Deste cogita o artigo 70, nº I.

As outras hipóteses estão contempladas nos incisos II e III do mesmo artigo.

O inciso II trata de hipótese que melhor se enquadraria como de nomeação à autoria, pois salvo a existência de direito regressivo, não permite a aplicação do disposto no artigo 76.

O inciso III diz respeito à denunciação da lei àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

A grande inovação do artigo 76 do Código de 1973 está na circunstância de se afastar do sistema romano (em que a denunciação da lide tinha apenas a finalidade de provocar a intervenção do terceiro no processo, para socorrer o denunciante), para filiar-se à escola germânica, pela qual a denunciação da lide se converte na verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade de sucumbência do denunciante.

A propósito, bem clara é a explicação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

> "Quando qualquer uma dessas partes denuncia a lide ao terceiro, o que ela está fazendo, na realidade é, antecipadamente, propor a ação de regresso.

inconvenientes agudos, em face da impossibilidade da rápida terminação do processo (ob. cit., pág. 89).

12 — No 1º Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado em Vitória, Espírito Santo, no período de 10 a 12 de agosto de 1973, o Juiz HÉLIO GUALBERTO VASCONCELLOS propôs:

a) a supressão, no Código de Processo Civil de 1973, do instituto do chamamento ao processo, regulado nos artigos 77 a 80;

b) acréscimo, ao artigo 584 do mesmo diploma, do inciso VI, com esta redação:

> "Art. 584. São títulos executivos judiciais:
>
> VI — a sentença condenatória do devedor que satisfez a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

A tese, que foi aprovada, levou em consideração que a inovação do Código se, de um lado, estabelecia arma em favor do devedor solidário que pagasse sozinho, dando-lhe sempre execução contra o co-devedor chamado ao processo, de contrapartida criava arma de chicana, com chamamentos às vezes procrastinatórios e demorados.

13 — Em excelente trabalho publicado na Revista *Forense*, vl. 245 (págs. 13 a 16), CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, Min. do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao estudar as hipóteses do artigo 77 do Código de Processo Civil, procura demonstrar:

a) a quase inutilidade do chamamento dos co-devedores ao processo, pois se o devedor solidário é obrigado por toda a dívida e, pagando-a, tem direito de exigir dos demais sua parte no débito, nenhuma vantagem tem ele em trazer para o processo os outros coobrigados;

Dir-se-á: mas ainda não se sabe se lhe vai, efetivamente, nascer o direito regressivo, que só nascerá se ela for vencida na ação primitiva. Por isso frisei, há pouco, que a ação de regresso é proposta em caráter eventual, quase se poderia dizer em caráter condicional. É como se o denunciante formulasse este pedido: "Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito". Isto conduz a uma consequência muito interessante; é a de que a mesma sentença poderá servir de título para duas execuções: uma execução da parte vencedora contra a parte vencida e outra desta parte vencida contra o seu garante, contra aquele que, em face dela, está obrigado a reparar o dano sofrido...

Assim, o vencido fica dispensado de dar início a um novo processo. O mesmo e único processo conduz a dois resultados, conduz a julgamento de duas lides: a lide primitiva, entre o autor e o réu, e a lide conseqüente, entre denunciante e denunciado". *(Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, pág. 88).

Se do artigo 70, n. III, se surprimisse a expressão "em ação regressiva", aí estaria literalmente situada a posição da seguradora.

Seria *dever* do segurado a denúncia da lide à seguradora.

Não se eliminando tal expressão, não há como aceitar a inclusão da seguradora, contra a qual o segurado tem direito, mas não ação regressiva.

Ademais, não seria conveniente cogitar de tal supressão, uma vez que a figura da denunciação está mais ligada às hipóteses em que o denunciado se pode utilizar da ação regressiva.

10 — Do chamamento ao processo tratam os artigos 77 a 80 do novo Código.

Enquanto a nomeação à autoria (artigo 62) e a denunciação à lide (artigo 70) são obrigatórias, o mesmo não se pode dizer do chamamento ao processo, pois o artigo 77 o considera admissível nas hipóteses que menciona.

É uma inovação, de origem portuguesa.

11 — Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o chamamento ao processo desfigura, de certa maneira, o instituto da solidariedade passiva, criado em benefício do credor, que, agora, se vê na contingência de suportar a suspensão do feito, com óbvios prejuízos e

16 — O primeiro passo seria suprimir o instituto do chamamento ao processo, e fazer acréscimo, ao artigo 584 do Código de Processo Civil, do inciso VI, com redação ligeiramente mais ampla que a preconizada pelo Juiz HÉLIO GUALBERTO VASCONCELLOS, para incluir-se a hipótese do devedor que satisfez a dívida para exigí-la por inteiro do que se obrigou a satisfazê-la no lugar do vencido.

O texto teria esta redação:

"Artigo 584. São títulos executivos judiciais.

VI — a sentença condenatória do devedor que satisfez a dívida, para exigí-la:

a) por inteiro, do devedor principal ou do que se obrigou a satisfazê-la no lugar do vencido;

b) de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

17 — Ao lado dessa providência *de lege ferenda*, pode muito bem ser aceita a aplicação analógica do disposto no artigo 77 do Código de Processo Civil, para incluir-se entre os casos de chamamento ao processo o da seguradora que garantiu a dívida resultante da responsabilidade civil do segurado.

18 — Em primeiro lugar, porque, como já ficou dito, o chamamento ao processo não é um dever. É uma faculdade. E não se disse que o chamamento só seria possível nessas hipóteses.

Em segundo lugar, porque a própria interpretação dos ítens do artigo 77 não pode ser feita gramaticalmente (assim, por exemplo, não se admite o chamamento ao processo nos casos de solidariedade especial relativa a títulos cambiais).

19 — De resto, em todas as hipóteses de obrigações solidárias

zação ao contraente do que, devido ao que acontece durante o tempo do seguro, deva ele prestar a terceiro.

A dívida que resulta da responsabilidade do contraente lhe atinge o patrimônio, e para impedir isso, o contraente faz o seguro.

Em outras palavras: O conteúdo específico do seguro de responsabilidade consiste em se indenizar o que o patrimônio perca, por ter de responder o seu titular (*Tratado de Direito Privado*, vol. 46, pág. 48, § 4.970).

21 — A seguradora tem obrigação de se antecipar à ação da vítima contra o segurado, pois deve pela simples ocorrência do dano, não havendo, portanto, razão para cogitar de pretensão ou ação.

Se não paga, não obstante ciente do dano, enseja, com sua omissão, a propositura da ação da vítima contra o segurado, trazendo para este toda uma gama de exasperações de natureza econômica (contratação de advogados, custas e a própria execução patrimonial).

22 — Discute-se, ainda, se a seguradora e o segurado têm responsabilidade solidária perante a vítima, isto é, se a vítima tem ação direta contra a seguradora.

Não obstante relevantes opiniões em contrário, o que, por isso mesmo, já justificaria o chamamento da seguradora ao processo, com base no artigo 77, n. III, do Código de Processo Civil, entendemos que inexiste solidariedade, e por isso que a vítima não tem direito à iniciativa processual para demandar a seguradora.

É irrespondível, no nosso entender, a argumentação desenvolvida por Pontes de Miranda:

> "Preliminarmente, repila-se a opinião que vê no contrato de seguro de responsabilidade contrato a favor de terceiro, mesmo nos casos de seguros de veículos por danos a terceiros. O que quis o contraente foi cobrir-se quanto à responsabilidade que especificou. O terceiro não tem ação direta contra o segurador para obter o adimplemento do que o contraente não o segurador lhe deve. Não se pode, no direito brasileiro, afirmar a existência de regra jurídica que permita ao segurador pagar diretamente, ou ao terceiro pedir tal pagamento, como a do Código Civil Italiano, art. 1.917, alínea 2ª:
> "L' assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all' assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l' indennita dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede". Mas pode resultar de cláusula contratual ou de uso do lugar ou do segurador. Mesmo no direito italiano, o art. 1.917

do Código Civil Italiano não se pode interpretar no sentido de ter ação direta o terceiro contra o segurador, porque o devedor é o contraente, e não o segurador (No direito francês, a ação direta é sustentada pela doutrina; *e. g.*, *Pierre Biney*, H. Mazeaud e L. Mazeaud)" — ob. cit., § 4.973, ps. 56 e 57.

23 — Se, entretanto, o segurado requer o chamamento da seguradora, e a vítima não se opõe ao pedido, não há como sustentar a legitimidade da seguradora para não vir ao processo.

Teria o segurado, no caso de tal negativa, o direito de opor a exceção de má-fé à seguradora, que, obrigada a evitar o desfalque do patrimônio do segurado, contribuiria por sua omissão indefensável para que o último sofresse uma condenação com a consequente execução.

24 — Ademais, a posição da seguradora, como ensina PONTES DE MIRANDA, independente do chamamento ao processo, deveria ser, naturalmente, de parte, assumida com o ingresso espontâneo nos autos, para a formação de um litisconsórcio facultativo próprio, em face da conexão (ob. cit., pág. 53).

A própria economia processual está, portanto, a exigir que se negue à seguradora o direito de opor-se ao chamamento.

25 — Para isto, com ressalva do que ficou dito no ítem 22 supra, basta que se considere que, de fato, ao enunciar as hipóteses de tal chamamento, o legislador, que o concedeu em hipóteses às vezes amplas demais, quis criar facilidade para o devedor, não passando a não inclusão da seguradora de simples omissão por ele não querida.

Em nenhum caso se torna mais imperativa a aplicação analógica da lei. Basta que se pesquise a vontade da lei, para que se chegue a essa conclusão, que a literalidade do seu texto deixou de mencionar.

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

26 — Daí a presente contribuição, pela qual, propomos:

1°) — *de lege ferenda*, que se suprima o instituto do chamamento ao processo, e que ao artigo 581 do Código de Processo Civil, se acrescente o ítem VI, com a seguinte redação:

"Artigo 584. São títulos executivos judiciais:

VI — a sentença condenatória do devedor que satisfez a dívida, para exigí-la:

Não obstante, concedeu, ao segurado, o direito de exigir a dívida da seguradora, com base na sentença.

6 — Em face das dúvidas e da confusão que reinam sobre a matéria, julgamos útil um estudo sistemático, que nos leve a estabelecer conclusões sobre a hipótese em apreço e que acreditamos possam ser adotadas pelos ilustres participantes do Congresso Nacional do Ministério Público.

7 — O Código de Processo Civil vigente conhece quatro casos de intervenção de terceiros:

a) oposição;
b) nomeação à autoria;
c) denunciação da lide;
d) chamamento ao processo.

8 — Em relação às duas primeiras figuras, o Código de 1973 consagrou disciplina que não se afasta substancialmente da constante do diploma anterior. Nada têm a ver essas hipóteses com a matéria em exame.

9 — A denunciação da lide constitui uma ampliação do chamamento à autoria, previsto no Código de 1939.

Deste cogita o artigo 70, nº I.

As outras hipóteses estão contempladas nos incisos II e III do mesmo artigo.

O inciso II trata de hipótese que melhor se enquadraria como de nomeação à autoria, pois salvo a existência de direito regressivo, não permite a aplicação do disposto no artigo 76.

O inciso III diz respeito à denunciação da lei àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

A grande inovação do artigo 76 do Código de 1973 está na circunstância de se afastar do sistema romano (em que a denunciação da lide tinha apenas a finalidade de provocar a intervenção do terceiro no processo, para socorrer o denunciante), para filiar-se à escola germânica, pela qual a denunciação da lide se converte na verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade de sucumbência do denunciante.

A propósito, bem clara é a explicação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

> "Quando qualquer uma dessas partes denuncia a lide ao terceiro, o que ela está fazendo, na realidade é, antecipadamente, propor a ação de regresso.

Dir-se-á: mas ainda não se sabe se lhe vai, efetivamente, nascer o direito regressivo, que só nascerá se ela for vencida na ação primitiva. Por isso frisei, há pouco, que a ação de regresso é proposta em caráter eventual, quase se poderia dizer em caráter condicional. É como se o denunciante formulasse este pedido: "Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito". Isto conduz a uma consequência muito interessante; é a de que a mesma sentença poderá servir de título para duas execuções: uma execução da parte vencedora contra a parte vencida e outra desta parte vencida contra o seu garante, contra aquele que, em face dela, está obrigado a reparar o dano sofrido...

Assim, o vencido fica dispensado de dar início a um novo processo. O mesmo e único processo conduz a dois resultados, conduz a julgamento de duas lides: a lide primitiva, entre o autor e o réu, e a lide conseqüente, entre denunciante e denunciado". (*Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, pág. 88).

Se do artigo 70, n. III, se surprimisse a expressão "em ação regressiva", aí estaria literalmente situada a posição da seguradora.

Seria *dever* do segurado a denúncia da lide à seguradora.

Não se eliminando tal expressão, não há como aceitar a inclusão da seguradora, contra a qual o segurado tem direito, mas não ação regressiva.

Ademais, não seria conveniente cogitar de tal supressão, uma vez que a figura da denunciação está mais ligada às hipóteses em que o denunciado se pode utilizar da ação regressiva.

10 — Do chamamento ao processo tratam os artigos 77 a 80 do novo Código.

Enquanto a nomeação à autoria (artigo 62) e a denunciação à lide (artigo 70) são obrigatórias, o mesmo não se pode dizer do chamamento ao processo, pois o artigo 77 o considera admissível nas hipóteses que menciona.

É uma inovação, de origem portuguesa.

11 — Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o chamamento ao processo desfigura, de certa maneira, o instituto da solidariedade passiva, criado em benefício do credor, que, agora, se vê na contingência de suportar a suspensão do feito, com óbvios prejuízos e

inconvenientes agudos, em face da impossibilidade da rápida terminação do processo (ob. cit., pág. 89).

12 — No 1º Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado em Vitória, Espírito Santo, no período de 10 a 12 de agosto de 1973, o Juiz HÉLIO GUALBERTO VASCONCELLOS propôs:

a) a supressão, no Código de Processo Civil de 1973, do instituto do chamamento ao processo, regulado nos artigos 77 a 80;

b) acréscimo, ao artigo 584 do mesmo diploma, do inciso VI, com esta redação:

"Art. 584. São títulos executivos judiciais:

VI — a sentença condenatória do devedor que satisfez a dívida, para exigí-la, por inteiro, do devedor principal ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

A tese, que foi aprovada, levou em consideração que a inovação do Código se, de um lado, estabelecia arma em favor do devedor solidário que pagasse sozinho, dando-lhe sempre execução contra o co-devedor chamado ao processo, de contrapartida criava arma de chicana, com chamamentos às vezes procrastinatórios e demorados.

13 — Em excelente trabalho publicado na Revista *Forense*, vl. 245 (págs. 13 a 16), CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, Min. do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao estudar as hipóteses do artigo 77 do Código de Processo Civil, procura demonstrar:

a) a quase inutilidade do chamamento dos co-devedores ao processo, pois se o devedor solidário é obrigado por toda a dívida e, pagando-a, tem direito de exigir dos demais sua parte no débito, nenhuma vantagem tem ele em trazer para o processo os outros coobrigados;

b) que o inciso III se refere, apenas, à solidariedade comum, e não aos títulos cambiais, pois isso importaria transformá-los em documentos comuns, ou melhor, acabar com os títulos de crédito que, no dizer de ASCARELLI, constituem a maior contribuição do direito comercial para a formação da economia moderna.

14 — Vê-se de todas as dúvidas e críticas, que se impõe à doutrina tarefa de grande relevância, de modo a permitir que a jurisprudência venha a aplainar as arestas surgidas.

15 — A hipótese do seguro de responsabilidade civil facultativo encontraria definição pacífica com a iniciativa de alterar-se o texto legal.

16 — O primeiro passo seria suprimir o instituto do chamamento ao processo, e fazer acréscimo, ao artigo 584 do Código de Processo Civil, do inciso VI, com redação ligeiramente mais ampla que a preconizada pelo Juiz HÉLIO GUALBERTO VASCONCELLOS, para incluir-se a hipótese do devedor que satisfez a dívida para exigí-la por inteiro do que se obrigou a satisfazê-la no lugar do vencido.

O texto teria esta redação:

"Artigo 584. São títulos executivos judiciais.

VI — a sentença condenatória do devedor que satisfez a dívida, para exigí-la:

a) por inteiro, do devedor principal ou do que se obrigou a satisfazê-la no lugar do vencido;

b) de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

17 — Ao lado dessa providência *de lege ferenda*, pode muito bem ser aceita a aplicação analógica do disposto no artigo 77 do Código de Processo Civil, para incluir-se entre os casos de chamamento ao processo o da seguradora que garantiu a dívida resultante da responsabilidade civil do segurado.

18 — Em primeiro lugar, porque, como já ficou dito, o chamamento ao processo não é um dever. É uma faculdade. E não se disse que o chamamento só seria possível nessas hipóteses.

Em segundo lugar, porque a própria interpretação dos ítens do artigo 77 não pode ser feita gramaticalmente (assim, por exemplo, não se admite o chamamento ao processo nos casos de solidariedade especial relativa a títulos cambiais).

19 — De resto, em todas as hipóteses de obrigações solidárias especiais em que seja notório o prejuízo do credor, terá este legítimo interesse para opor-se à eterna procrastinação do feito.

Se, todavia, mesmo não se tratando de obrigação solidária comum, não tiver ele prejuízo com o chamamento e, por isso mesmo, se ele concordar expressa ou tacitamente com essa intervenção, restará, apenas, examinar a legitimidade, do chamado, para escusar-se a intervir, tendo em vista que contra ele será executada a sentença condenatória: por escolha do credor, ou, posteriormente, por escolha do devedor executado (Código de Processo Civil, artigo 80).

E esse exame há de ser feito caso a caso.

20 — Na hipótese do seguro facultativo de responsabilidade civil, como ensina PONTES DE MIRANDA, o segurador garante a indeni-

a) por inteiro, do devedor principal, ou do que se obrigou a satisfazê-la no lugar do vencido;

b) de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

2°) tendo em vista o direito vigente, que se aplique analogicamente o disposto no artigo 77 do Código de Processo Civil, para admitir-se o chamamento da seguradora ao processo, quando facultativo o seguro de responsabilidade civil, uma vez obtida a prévia aquiescência do credor.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DAS DECISÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

José Gilson dos Santos
Promotor Público da Comarca de Simão Dias, Estado de Sergipe

A Constituição Federal de 1967 conferia ao Supremo Tribunal Federal o julgamento através de recurso ordinário dos mandados de segurança decididos em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, procedendo ainda com relação aos habeas corpus.

Entretanto, com o advento do Ato Institucional nº 6, editado em 10/2/969, a Suprema Corte sofreu uma redução no número de seus Ministros, passando de dezesseis (16) para onze (11), trazendo em consequência uma série de limitações em sua competência recursal, atingindo diretamente os mandatos de segurança decididos em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais, que não mais ficaram na órbita do recurso ordinário, permanecendo tão somente os habeas corpus, justamente para aliviar os encargos do Excelso Pretório, em decorrência da mencionada redução do número de seus julgadores, visando, assim, fortalecer sua posição de corte eminentemente constitucional, segundo a justificativa do referido Ato Revolucionário.

A mesma situação perdurou com o surgimento da Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/969, não ocorrendo, também, qualquer alteração na recente reforma do Poder Judiciário, consubstanciada na Emenda nº 7, de 13/4/977.

Não resta a menor dúvida de que efetivamente com essa limitação ao uso do recurso ordinário constitucional, o Supremo Tribu-

nal Federal passou a receber um menor volume de processos para apreciação, todavia, deixou o cidadão em séria dificuldade para se defender das constantes ilegalidades do Poder Público.

É lamentável que o mandado de segurança, que consta do elenco dos direitos e das garantias individuais insertos no texto constitucional, tenha tão injusto tratamento com relação ao habeas corpus, igualmente contemplado no mesmo capítulo da Carta Magna, uma vez que essa discriminação sintomática desvirtuou de maneira categórica a tradição constitucional brasileira, que no período republicano sempre procurou enfatizar os aludidos institutos jurídicos, como frutos de conquistas democráticas necessárias, em que pese o habeas corpus ter sua origem mais remota, conquanto o mandado de segurança só passou a figurar com maior destaque, a partir do Estatuto Fundamental de 1934.

Diante dessa assertiva, não vejo razão para a Constituição Federal vigorante abrigar somente o habeas corpus na faixa restrita do recurso ordinário constitucional, deixando o mandado de segurança sujeito aos percalços do recurso extraordinário, atualmente de difícil acesso, cada vez mais limitado, até mesmo em consequência das sucessivas reformas do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em nenhuma hipótese refuto a facilidade do habeas corpus ser reexaminado através da via adequada do recurso ordinário pela Suprema Côrte, em decorrência das decisões denegatórias dos tribunais locais ou federais, em face da importância reclamada pelo referido remédio jurídico, entretanto, reprovo a idéia de afastar o mandado de segurança desse mecanismo recursal, por se tratar também de uma norma constitucional deveras relevante.

No habeas corpus o cidadão se defende da manifesta coação exercida pelo agente público, ao passo que no mandado de segurança o indivíduo procura se remediar das ilegalidades praticadas pela administração pública, havendo, portanto, a mesma objetividade jurídica, segundo a exata conceituação legal, não tendo qualquer sentido essa discriminação recursal perante o mais alto órgão da justiça pátria.

Pelo sistema atual, no mandado de segurança da competência originária dos tribunais locais ou federais, caso a decisão seja denegatória, dificilmente a matéria será reexaminada em grau de recurso extraordinário, haja vista a dificuldade de um perfeito enquadramento no permissivo constitucional, tornando a admissibilidade quase impraticável, mormente com relação aos julgados dos Tribunais de Justiça, que em regra discutem e examinam textos de legislações estaduais, fugindo completamente da órbita do apelo derradeiro, por con-

trariar a jurisprudência predominante, bem como dos Tribunais Federais, que a despeito de maior probabilidade, estão condicionados ao problema da relevância da questão federal ventilada, de cunho estritamente subjetivo, nos termos do Regimento Interno do Excelso Pretório. A única saida pacífica é inegavelmente o dissídio jurisprudencial, porquanto os casos de ofensa à Constituição Federal são por demais raros.

Desta maneira, o não conhecimento do recurso extremo, implica no encerramento de uma demanda que foi decidida originariamente por um único colegiado, sem a possibilidade de ser reexaminado o mérito da questão pela Suprema Corte, quando em muitos casos os decisórios merecem sérios reparos.

O angustiante problema da sobrecarga de processos levados à consideração do Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso, foi sem dúvida o causador desse alijamento do mandado de segurança do âmbito do apelo ordinário constitucional, pois segundo o ponto-de-vista da maioria dos Ministros daquele excelso órgão da justiça brasileira, não teria sentido a apreciação ampla de uma segurança que se originou no juízo de primeiro grau, já passada pelo crivo de uma segunda instância, o que de certo modo justifica a limitação questionada, não acontecendo, todavia, com referência aos julgados originários dos tribunais locais ou federais, que dependem do recurso extraordinário, no caso de denegação do pedido, constituindo, assim, um obstáculo quase intransponível para novo exame pela instância máxima, considerando, sobremodo, que na atual conjuntura constitucional do país, o recurso ordinário é o caminho mais largo e mais curto para se chegar ao Pretório Excelso, sendo este o ponto fundamental e essencial do presente trabalho.

Ante o exposto, objetivando maior amplitude dessa garantia constitucional, entendo que os mandados de segurança da competência originária dos Tribunais Federais ou Tribunais de Justiça, se denegatória a decisão, devem figurar da faixa do recurso ordinário, ficando restaurado em parte, o dispositivo da Constituição Federal de 1967, pertinente ao mencionado instituto recursal.

Assim, na eventualidade de uma reforma constitucional seria inserida outra alínea, com a seguinte redação:

"Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

.....

II — julgar em recurso ordinário:

.....

d) os mandados de segurança decididos originariamente pelos tribunais federais ou tribunais de justiça dos Estados, quando denegatória a decisão".

Caso o plenário deste empolgante Congresso Nacional do Ministério Público, agora realizado em plagas nordestinas, agasalhe este modesto e humilde trabalho de um Promotor de Justiça provinciano, mister se torna a remessa de sua conclusão aos órgãos competentes, notadamente o Ministério da Justiça e o Supremo Tribunal Federal, para as providências cabíveis.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

COMISSÃO TÉCNICA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO TRIBUTÁRIO

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

M e m b r o s

Presidente: *Emerson Luiz de Lima*

Relatores: *Jacyr Villar de Oliveira* e
Arion Sayão Romita

CAPITAIS ESTRANGEIROS INVESTIDOS EM BANCOS, SEGURADORAS E FINANCEIRAS NO BRASIL

Jorge Joaquim Lobo

SUMÁRIO:

A — Igualdade de tratamento. B — Exceções ao princípio da isonomia. — C — Constituição e funcionamento de companhias no Brasil. D — O estrangeiro, pessoa física ou jurídica, sócio ou acionista de companhia brasileira. E — O estrangeiro acionista de bancos e seguradoras no Brasil. F — O estrangeiro acionista de instituições financeiras no Brasil. G — O Banco Central e a SUSEP. H — Conclusão:

A — *Igualdade de tratamento*

1 — A Constituição Federal assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 153), estabelecendo, ainda, que todos são iguais perante a Lei (idem, par. 1°);

2 — O Código Civil, ao disciplinar a matéria, dispõe que a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis (art. 3°).

B — *Exceções ao princípio da isonomia*

3 — Não obstante, por superiores motivos de segurança, as pessoas físicas ou jurídicas, de nacionalidade estrangeira, não podem, de acordo com a Constituição Federal:

a) explorar jazidas, minas e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica (art. 168, par. 1°).

b) ser proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais (art. 173), e,

c) ser proprietários ou administradores de empresas jornalísticas de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão (art. 174).

4 — A lei ordinária prevê outros casos de proibições e limitações às atividades empresariais dos estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, como, v.g., propriedade imobiliária; comércio e indústria nas faixas de fronteira, etc.

C — *Constituição e funcionamento de companhias no Brasil*

5 — As pessoas jurídicas de direito privado, nacionais ou estrangeiras, não dependem, em regra, de autorização prévia do Governo para se constituirem ou começarem a funcionar, bastando a inscrição dos seus atos constitutivos no registro próprio para que adquiram personalidade (art. 18 do Código Civil; art. 301 do Código Comercial).

5.1. A autorização é necessária, em relação às companhias nacionais, quando, pela especial natureza do seu objeto, forem praticar atos ou operações que às autoridades interesse fiscalizar, como, v.g., as operações de seguros; as operações das sociedades de crédito, financiamento e investimento; as operações das sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, etc.

5.2. A autorização faz-se imprescindível, em relação às empresas estrangeiras, quando revestirem a forma de sociedade anônima ou de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, assim como suas filiais, sucursais, agências ou estabelecimento que as representem (art. 64, do Dec. Lei nº 2627/40).

D — *O estrangeiro, pessoa física ou jurídica, sócio ou acionista de companhia brasileira*

6 — As pessoas físicas ou jurídicas, de nacionalidade estrangeira, para serem cotistas ou acionistas de companhias, não dependem, em regra, de tal autorização, bastando que os capitais ingressados no País, sob a forma de moeda ou de bens, necessários à aquisição das cotas ou ações, sejam registrados no Banco Central.

6.1. De acordo com renomados juristas pátrios (Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, Cunha Peixoto, Cláudio Pacheco, Darci Azambuja e outros), a participação de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras em atividades mercantis só pode ser vedada ou restringida nos estritos e expressos termos da Constituição Federal, isto é, nos casos citados na alínea *B*, número *3* supra.

E — *O estrangeiro acionista de bancos e seguradoras no Brasil*

7 — O "mito", que se formou em torno da limitação da participação de capitais alienígenas nos bancos e nas companhias de seguros, teve origem na Constituição de 1934, art. 117, ao declarar. "A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva de bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, que atualmente operem no país".

7.1. A Constituição de 1937, em seu artigo 145, disciplinando a matéria com maior rigor, definiu-se pela exclusividade de brasileiros como acionistas dos bancos de depósitos e das empresas de seguros, estabelecendo a legislação ordinária (Decreto Lei nº 2063/40), que, no caso das seguradoras, o capital deveria pertencer, em sua totalidade, a pessoas físicas de nacionalidade brasileira (art. 9º), e, mais, que "não poderão possuir ações os brasileiros casados com estrangeiros pelo regime da comunhão de bens. Se o regime for a separação de bens, não poderá o marido estrangeiro, ainda que administrador dos bens da mulher, exercer atos de administração no tocante às ações" (art. 9º, par. 1º) e, ainda, que, "com relação as ações, que pertençam a menores brasileiros sob pátrio poder de estrangeiros, sua administração será obrigatoriamente cometida a brasileira" (art. 9º, par. 2º).

8 — A Constituição de 1946, em seu artigo 149, rompeu com o princípio firmado pelo "Estado Novo" e não mais obrigou à nacionalização, limitando-se apenas a recomendar a sua adoção pelo legislador ordinário, ao enfatisar: "A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguros, de capitalização e de fins análogos".

8.1. É, com efeito, a lição da doutrina, como se pode verificar no "Tratado das Constituições Brasileiras", Freitas Bastos, 1965, vol. XII, páginas 40/52, do Eminente CLÁUDIO PACHECO.

8.2. Escudado na opinião do Insigne PONTES DE MIRANDA, conclui o emérito Professor que "não pode ocorrer dúvida quanto a não estar vigente qualquer exigência de nacionalização em referência às empresas de capitalização, desde que a elas não se referiram determinadamente, ao recomendar essa nacionalização, as Constituições de 1934 e de 1937, cujas referências só especificaram os bancos de depósitos e as empresas de seguros, bem como não se referiu a legislação ordinária que gravitou em torno destas duas leis básicas. Ora, esses dispositivos continham referências determinadas a duas atividades, com o caráter de restrição de direitos e assim não podiam ser interpretadas extensivamente, ou por analogia, para incluir atividade que apenas parcialmente se assemelhava às duas outras e que não estava determinadamente referida.

Mas resta a questão de apurar se subsistem as exigências de nacionalização quanto aos bancos e empresas de seguros, ou se agora, na vigência da Constituição de 1946, uma nova lei pode reviver tais exigências, quanto a estas duas atividades ou instaurá-las quanto às empresas de capitalização.

Também aqui opinamos negativamente. Em primeiro lugar, essas exigências foram omitidas na atual Constituição e isto não resultou apenas de um lápso, porque foi feito conscientemente. Como se verifica do informe de José Duarte, o tema da nacionalização foi amplamente lembrado e discutido, por entre divergências, na elaboração do atual art. 149. Alguns constituintes expenderam principalmente, entre outros, o argumento de que essas atividades deviam ser nacionalizadas, porque os seus recursos eram colhidos no interior do país, não sendo de nota a participação do capital estrangeiro, de modo que assim os estrangeiros participantes viriam manipular recursos que, em suas mais largas origens, eram populares, enquanto outros, temerosos da nacionalização, advertiam contra qualquer repulsa a estrangeiros, de cuja cooperação tanto precisávamos. É o que podemos constatar em "A Constituição Brasileira de 1946", 3º vol., 1947, págs. 52/60.

No mesmo sentido, enfatisa, ainda: "... se o atual dispositivo, quebrando a continuidade dos dispositivos assemelhados das Constituições anteriores, omitiu conscientemente a exigência de nacionalização, é lícito ao menos supor que houve mudança de orientação.

Mas, se não é por si só suficiente este dado de interpretação histórica, desde que essa interpretação pode não oferecer os elementos de clareza e certeza que dificilmente podem emanar da imprecisa revelação de motivos das decisões de órgãos coletivos dotados de grande número de membros, como os plenários de assembléias constituintes, será pelo menos decisiva, no caso, a aplicação do princípio da igualdade, expresso no § 1º do art. 141 da atual Constituição e endereçado tanto a brasileiros, como a estrangeiros residentes. Como dissemos no § 14 do cap. III do vol. IX deste Tratado, este princípio obriga primeiramente ao legislador e por ele a lei não pode estabelecer, preterindo estrangeiros residentes, desigualdades que a Constituição não tenha autorizado. Assim, não estando expressa na atual Constituição a exigência de nacionalização de bancos de depósitos, empresas de seguros, de capitalização e de fins análogos, não pode subsistir qualquer vedamento à participação de estrangeiros residentes, no capital de tais empresas, que esteja determinado em legislação anterior, que então se tem por revogada, assim como não pode ser revivido ou introduzido pela legislação futura "(idem, pág. 52/53)".

9 — A Constituição de 24 de janeiro de 1967, com as modificações da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ao cuidar da ordem econômica e social, omitiu qualquer referência à nacionalização dessas instituições, abolindo, de vez, o princípio iniciado em 1934, tornado obrigatório em 1937 e abrandado em 1946.

9.1. O MINISTRO CUNHA PEIXOTO, do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, doutrina, em sua festejada obra, "Sociedades por Ações", Ed. Saraiva, 2º vol., 1972, pág. 223 e segs., que a orientação hoje triunfante, quer na esfera administrativa, quer na judiciária, é no sentido da *inconstitucionalidade* dos dispositivos da legislação ordinária, que vedam ou limitam a participação de estrangeiros em empresas brasileiras, citando a propósito, que, "em 27-04-59, o S.T.F., em sessão plena, adotando o voto de relatar, MINISTRO BARROS BARRETO, concedeu por unanimidade mandado de segurança impetrado por José Willwmsens Júnior, que pleiteava a transformação das suas ações nominativas, da companhia de Seguros Sul América, em ações ao portador".

F — *O estrangeiro acionista de instituições financeiras do Brasil*

10 — As sociedades de crédito, financiamento e investimento foram, pela primeira vez, regulamentadas pelo Decreto Lei nº 7583, de 25-05-45, podendo constituir-se com capitais nacionais e estrangeiros.

11 — Hoje em dia, essas sociedades são disciplinadas pela Lei da Reforma Bancária e pela Lei de Mercado de Capitais, não havendo, na Lei, discriminação quanto ao capital estrangeiro.

G — *O Banco Central e a SUSEP*

12 — Na prática, todavia, por força de uma "regulamentação reservada" do Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil não autoriza, nem registra qualquer operação envolvendo participação estrangeira superior a 1/3 do capital votante de bancos e instituições financeiras.

13 — A Superintendência de seguros Privados (SUSEP), a seu turno, por força de uma "portaria reservada" do Ministério da Indústria e do Comércio, não autoriza, nem registra operações envolvendo participação estrangeira superior a 1/3 de capital votante ou 1/2 do capital sem direito de voto.

H — *Conclusão*

Como visto e demonstrado, não há, "ex vi legis", proibição de qualquer espécie para a participação de capitais estrangeiros em bancos, empresas de seguros e instituições financeiras em geral, sendo de todo ilegais as restrições e proibições impostos pelo Banco Central do Brasil e pela SUSEP à compra de ações, acima de determinados limites, das mencionadas sociedades.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

DOS PRESSUPOSTOS IMPEDITIVOS DA EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO

Nelson Pizzotti Mendes
Promotor Público e Professor de Direito Penal

Preocupa-nos, sobremaneira, o exame dos pressupostos impeditivos da expulsão dos alienígenas.

Desde a edição do Decreto-lei nº 479, de 1938, cujo artigo 3º, letra *b*, vedava a expulsão do estrangeiro que tivesse:

"... filhos brasileiros vivos, oriundos de núpcias legítimas."

A maneira passou a ser controvertida, até que a *Súmula nº 1* do Supremo Tribunal Federal da Nação, foi promulgada com base no referido Decreto-lei e com apoio na Constituição Federal de 1946, que assim dispunha:

> "Art. 143 — O Governo Federal poderá expulsar do território nacional o estrangeiro nocivo à ordem publica, salvo se o seu cônjuge for brasileiro, e se tiver filho brasileiro, dependente da economia paterna."
>
> Colocando fim ao debate:
>
> Súmula nº 1 (um)
>
> *É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.*

Esta Súmula foi aplicada de 1964 a 1967. (Vide Acórdãos do STF, aplicados à Súmula, Tomo IV, de DIRCEU A. VICTOR RODRIGUES).

Via-se então, que não obstante a redação dada pela Constituição Federal no seu artigo 143, o Colendo Supremo Tribunal Federal passou a entender, sem variação, que um só dos requisitos impeditivos bastava, no sentido de não ser expulso o alienígena.

A Constituição Federal teria, segundo este entendimento jurisprudencial sumulado e formulado duas hipóteses diferentes em que a expulsão não caberia.

Já eram, portanto, consagrados dois requisitos-pressupostos do impedimento da expulsão.

Com apoio em vários arestos da Colenda Suprema Corte e a citação de vários autores, entre os quais se alinhava o eminente CARLOS MAXIMILIANO, ficou consagrado o princípio da dualidade de pressupostos impeditivos da expulsão, levando a uma compreensão pacífica quanto à aplicação do dispositivo supra referido, que erigia, em favor da mulher *ou* dos filhos a *proteção e assistência material e moral do marido e pai,* condições essa a que impedem, desde que se objetive *uma delas,* a expulsão do cidadão, desde que seja casado com mulher brasileira ou que tenha filhos brasileiros.

Até então, poderíamos sumular a hipótese da seguinte maneira:

> a) Em princípio, reveste-se de caráter discricionário a competência do Presidente da República, para apreciar se é nocivo à ordem pública o estrangeiro, e decretar, nesse caso, a sua expulsão (C.F. artigo 143).
>
> b) Sem embargo disso, o Poder Judiciário poderá reexaminar — não o mérito da decisão presidencial — mas a sua conformidade formal com a Constituição, nos termos do artigo 143, desta.
>
> c) É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna (C. Federal, artigo 143 e Súmula nº 1 do S.T.F.)

Atualmente, não obstante a permanência dual dos pressupostos impeditivos da expulsão, a fonte legal passou a ser outra.

A atual Constituição Federal não veda a expulsão de estrangeiros, nem estabelece condições de inexpulsabilidade. Deixou que a legislação ordinária o fizesse.

O *Estatuto do Estrangeiro,* ora em vigor (Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969), dá ao tema o seguinte tratamento:

> "Artigo 74 — Não será expulso o estrangeiro que tiver:

I — Cônjuge brasileiro do qual não esteja desquitado ou separado; ou

II — Filho brasileiro dependente da economia paterna".

Tendo o texto legal empregado a disjuntiva *ou*, (e não a copulativa *e)* entende-se como totalmente desfeita a controvérsia anterior, fixando-se, e definitivamente a exigência legal em torno de *dois pressupostos impeditivos da expulsão de estrangeiros,* que podem ocorrer alternativamente, bastando a prova objetiva de um deles para obstar o ato expulsório.

A interpretação da lei, é sabido, há de ater-se e cingir-se à *"mens legis"*. A hermenêutica dogmática, material e literal de um texto legal isolado não pode e nem deve desfigurar a finalidade teleológica e objetiva para a qual está voltado o autêntico endereço originário da norma legal.

O insigne FERRARA, no clássico "Trattato di Diritto Civili Italiano", avisadamente advertia que:

> "Scopo dell'interpretazione é la determinazione del senso obbiettivo della legge, della *vis ac potestas legis*. La legge é l'expressione della volontá dello Stato e questa persiste in modo autonomo, distacca dal complesso dei pensieri e delle tendenze che animarono le perjone cooperanti alla sua emanazione. L'interprete deve accertare il contenuto di volontá *venuto ad exprezione in forma constituzionale,* non giá le volizioni altreve manifestate o rimaste nel campo intenzionale. Poiché legge non é ciò che il legislatore ha voluto o voluto esprimere, maió ch'egli ha expresso in forma di legge. D'altro lato il comando della legge ha un valore autonomo che può non coincidere con la volontá degli artefici e redattori di essa, e può portare a conseguenze inattese ed imprevedute degli stesse legislatóri. Dice il Thol, la legge per la pubblicazione si distacca dal legislatore, e si contrappone a lui come un prodotto nuovo, per cui la legge puó essere più previdente del legislatore. Il punto direttivo in questa indagine è che l'interprete deve ricercare *non ciò che il legislatore ha voluto* ma ciò, *che nella legge appare obbietivamente voluto: la mens legis, non la menlegislatoris"*. (FRANCESCO FERRARA, "Trattato di Diritto Civili Italiano" — edição "Athenasum", Roma, Cap. VI — Applicazione del Diritto — pags. 210/211).

Parece-nos que, seguindo-se basicamente o caminho de uma justa linha hermenêutica, outra não poderia ser a definição dos pressupostos impeditivos da expulsão.

Basicamente o texto legal é cristalino: exigem-se dois pressupostos para a não expulsão e qualquer deles concorrerá sozinho, desde que provado objetivamente.

A única controvérsia, e talvez a que alcance uma maior dimensão potencial, é a relativa à questão da *dependência econômica*.

Assim se afirma, porque a matéria é de âmbito civil, com reflexos nos direitos e garantias individuais do cidadão estrangeiro, quanto à sua permanência no país.

Fixa o texto legal como qualidade do segundo pressuposto, expressamente, e do primeiro, por entendimento implícito, que esposa e filhos brasileiros, devam depender da economia paterna.

Com relação à mulher, implicitamente tal situação é admitida, já que o benefício não se estende ao alienígena, que apesar de casado com brasileira, está dela desquitado. É que, com o término da relação, dissolve-se a sociedade conjugal, pondo ponto final à vida em comum dos cônjuges, extinguindo a comunhão e separando-os.

Em relação aos filhos, entretanto, maiores considerações devem ser feitas, mostrando o alcance do significado *dependência econômica*

Devemos buscar a relação de dependência econômica na definição civil de *alimentos*.

Juridicamente os *"alimentos"* compreendem tudo que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa, ou

> "... o que lhes for necessário para seu mantimento, vestido e calçado e todo o mais (ordenações filipinas, Livro I, Título, 88, § 15)",
> "É a esse auxílio que mutuamente se devem os parentes, que se dá o nome de alimentos, expressão que na terminologia jurídica, tem sentido mais lato do que lhe empresta o significado vulgar, abrangendo não só o fornecimento da alimentação propriamente dita, como também da habitação, do vestuário, diversões e tratamento médico; quando a pessoa alimentada for de menor idade, os alimentos compreenderão as verbas para a sua instrução e educação; no caso de pleito judicial entre o alimentante e o alimentado, incluir-se-ão, também entre os alimentos, além das demais verbas — as "expensa litis", isto é, honorários de advogado, custas e outras despesas judiciais" (WASHINGTON DE BAR-

ROS MONTEIRO, "Direito de Família", S. Paulo, 1952, pág. 241).

Interessam-nos, principalmente, os alimentos *legítimos:* aqueles que se devem por direito de sangue ("iuro sanguinis"), ou parentesco. Estes constituem, por serem devidos *"ex dispositione iuris"*, capítulo do direito de família, e é a eles, principalmente, que se reporta a interpretação do pressuposto impeditivo, relacionado com o filho brasileiro de estrangeiro, dependente da economia paterna.

Já o dever de alimentação entre cônjuges, no direito brasileiro, é somente de direito matrimonial: há o dever recíproco do artigo 231, III, que supõe a sociedade conjugal, ainda que não exista de fato; e o dever do marido, que é o do artigo 233, pois que lhe compete "provar à mantença da família, guardada a disposição do artigo 277".

Esse direito é que vai acabar por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, com certa projeção para além dela (artigo 320 do C. Civil).

O dever assistencial (artigo 231, III), que só existe durante a sociedade conjugal, resulta de regra jurídica cogente (F. SCHEPPLER, "Die Alimentationapflicht der Ehegatten", 3) é recíproco, inerente à vida conjugal, de modo que se insere na assistência mútua (M. V. HUSSAREK, "Die familienrechtliche", 685) personalíssimo, *irrenunciável, de tal modo que qualquer renúncia não entre no mundo jurídico*, não suscetível de transação e de prescrição, de fixação somente de efeitos ajurídicos, salvo se não há vida no mesmo teto.

Cônjuge não é parente, é companheiro, sócio, enquanto perdura a sociedade conjugal. Dissolvido que seja, torna-se um estranho, apenas impedido de casar, por motivos de ordem pública. Não seria justo, aliás, constranger um deles, após o desquite, a sustentar o outro. Ora, se por força do desquite desaparecem as vantagens do casamento, tais como a assistência mútua, a vida em comum, lógico é que se ponha fim também ao ônus, entre os quais sobreleva o da manutenção da esposa.

Estas são as razões advindas do próprio Direito Civil, que marcam o esposo como o chefe da sociedade conjugal. Por estas razões, o primeiro pressuposto impeditivo da expulsão do estrangeiro casado com brasileira, conforme dispõe o Artigo 74, II do Estatuto do Estrangeiro.

Por estas mesmas razões quer o Estatuto referido fazer desaparecer o pressuposto impeditivo, quando do término da sociedade conjugal.

No tocante aos filhos menores, cabe ao pai alimentá-los, não por força do disposto nos dispositivos mencionados, mas porque, de

conformidade com a lei civil, compete-lhe a indeclinável obrigação de prover a mantença da prole.

A propósito dessa obrigação, referente aos filhos menores, repete-se aqui o pensamento de FRANK:

> "Convocar um ser humano à existência, é assumir o compromisso de ser a sua providência e de arredá-lo do sofrimento e das privações".

Verifiquemos agora algumas das características da obrigação alimentar.

Em primeiro lugar é *irrenunciável* o direito aos alimentos.

Segundo a lição de LAURENT ("Principes de Droit Civil", 3/75), a dívida alimentar é de ordem pública, nesse sentido de que é imposta pelo legislador por motivos de humanidade e de piedade. Por isso mesmo não pode ser renunciado; pode-se deixar de exercer o direito, mas não se pode abrir mão dele, mediante renúncia (Código Civil, art. 404). O que se pode renunciar é a faculdade de exercício, mas não a faculdade de gozo.

Não será válida, portanto, a declaração, segundo a qual um filho desistiria de pleitear alimentos contra o pai. Embora necessitado, pode o filho deixar de exercer o direito de reclamar alimentos; mas não pode ser admitido a renunciar tal direito (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Direito de Família, pág. 245).

Em segundo lugar, os alimentos objetivam as necessidades atuais ou futuras da pessoa alimentada, e não passadas. Pode assim um filho ser considerado, não em razão das necessidades atuais, dependentes do alimentante, mas sim em relação ao futuro.

Os alimentos tem finalidade prática: a subsistência da pessoa alimentada.

Desta maneira, podemos concluir, nesse particular, afirmando que tal obrigação só termina com a morte, ou se não os podem prestar o pai ou a mãe. Quando o filho está sob o pátrio poder, o titular desse poder é obrigado ao sustento do filho..

Em contrário senso, *o filho é economicamente dependente do pai*.

Verificadas as condições objetivas que demonstrem ter o estrangeiro filho menor sob o seu pátrio poder, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, tratar-se de dependente econômico daquele, fazendo surgir o segundo dos pressupostos impeditivos da expulsão.

Se, por outro lado, ao pretender vislumbrar na taxativa conclusão a que chegamos uma demasiada abstração (na afirmativa de

que — *todo filho em condições de reclamar alimentos do pai é dependente da economia paterna),* podemos em forma aditiva, chegar ao mesmo ponto da inconteste conclusão, por outro caminho interpretativo.

A obrigação de prestar alimentos, pode decorrer de uma sentença judicial, é óbvio. Suas premissas serão sempre: a) a necessidade dos alimentos, por parte do filho, e a possibilidade de prestá-los por parte do pai. A obrigação será sempre atual, sendo irrelevantes os atrasos, a intermitência ou a irregularidade no seu cumprimento, devendo-se paralelamente atentar, que o filho sempre tem a possibilidade de compelir o pai a prestar alimentos, por via judicial.

Não acreditamos que, nem a vigorosa prova de que o pai estrangeiro não tem idoneidade para provar o sustento de seu filho brasileiro menor, nem quando se revela, inequivocamente, destituido da mínima intenção de alimentar, seria capaz de elidir a *necessária presunção da dependência econômica do filho em relação ao filho menor brasileiro.*

O menor sempre terá a esperar de seu pai, e nesse sentido é a lição da *irrenunciabilidade dos alimentos,* dada pelos estatutos civis.

Dependendo em tese, o filho, de meios exógenos de subsistência, sem que se precise fazer o exame de fatos atinentes à economia paterna, está concretizado o *pressuposto impeditivo da expulsão.*

A *expulsão é incabível* quando o filho, que não seja herdeiro de capitais ou rendimentos, depender da economia paterna. Apenas não dependerá da economia paterna, este, quando menor, tiver economia própria, ou maior, for indivíduo válido, capaz de trabalhar.

Consequentemente, a cláusula excludente ou impeditiva da expulsão ("que tiver filho brasileiro dependente da economia paterna") se há de aferir em abstrato, só pela verificação do critério legal no tocante às relações entre pois e filhos, abrangidos todos os filhos sem patrimônio ou rendas próprias, *ainda que o usufruto dos bens que lhes tocassem não coubessem aos pais.*

Mesmo na situação concreta de menor que disponha de bens clausulados pelo *usufruto paterno,* a exceção excludente tem absoluto relevo impeditivo.

É assim que se há de entender o ítem II do artigo 74 do Estatuto do Estrangeiro, já que nas condições expostas, todos os filhos menores dependem da economia paterna, isto é, que necessariamente seja sustentado pelo estrangeiro expulsando.

Os óbices à expulsão são ditados, não em relação ao alienígena, mas em homenagem ao cônjuge ou aos seus filhos *brasileiros.*

É o vínculo familiar de brasileiros que se atende e se protege, menos do estrangeiro ao qual se atribuem as faltas a que se refere o artigo 73 do mesmo Estatuto citado.

Sendo este o espírito da legislação civil e o exato alcance interpretativo que se dá à lei ordinária, entendemos haver bem delineado os pressupostos excludentes ou impeditivos dos atos de expulsão de estrangeiros.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

ASPECTOS NÃO-REGULAMENTARES DA RELAÇÃO DE EMPREGO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Sérgio de Andréa Ferreira
Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro — Titular interino e Livre-docente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ.

1. A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm, modernamente, sufragado a chamada *teoria estatutária da função pública*. Com efeito, prevalece o entendimento de que a situação jurídica do funcionário público é *objetiva, estatutária* ou *regulamentar,* constituindo *atos-condição* a *nomeação* e a *aceitação* (através da *posse),* do cargo público, das quais resulta a *investidura* na função pública. CAIO TÁCITO, em conhecido trabalho sob o título *Natureza Estatutária da Função Pública (Rev. Dir. Adm.*, 35:54 e segs.), assim conclui levantamento da matéria, no Direito Comparado:

> "Não criando situações jurídicas gerais ou individuais, a nomeação e a aceitação de cargo público são, tipicamente, *atos-condição*. São atos de vontade que apenas colocam o indivíduo dentro de uma situação geral e impessoal, emanada da lei. Associam o funcionário ao regime legal da função pública, sem que deles resulte qualquer cláusula reguladora da relação pública constituída".

Como é ínsito a essa espécie de situação jurídica, a do funcionário é tida como eminentemente mutável. HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro,* 4ª ed., p. 374) traduz esse pensamento:

"É por essas razões que, no *regime estatutário*, o servidor não adquire direito à permanência das condições do serviço, do valor da remuneração, à amplitude dos direitos e dos limites das obrigações estabelecidos no *estatuto* sob o qual foi investido. No interesse do serviço público, aquelas condições e aquele valor podem ser alterados, ainda que em seu prejuízo pessoal; os direitos podem ser restringidos e as suas obrigações ampliadas, sem necessidade de sua aquiescência".

2. Nos regimes absolutistas, a relação entre funcionários e Poder Público equiparava-se às relações jurídicas privadas, envolvendo direitos pessoais e reais de matriz civilista. A titularidade das funções públicas era identificada, ora com a situação jurídica do donatário, ora com a do locatário da coisa, ora, ainda, com a do locador de serviço, ou com a do mandatário ou do gestor de negócios. Alguns já viam uma relação contratual mista e inominada. Com a autonomia do Direito Administrativo, deu-se um sentido publicístico à relação de emprêgo público, resultando, daí, a sujeição dos interesses do funcionário ao interesse geral, o que explica o poder do Estado de, através do legislador, alterar a organização dos serviços públicos, e, em conseqüência, de modificar o conteúdo da relação funcional.

As duas teorias que sobreviveram modernamente — a *estatutária* e a do *contrato de direito público* — concordam em dois pontos fundamentais: a *mutabilidade* referida e a *existência de direitos subjetivos e adquiridos dos funcionários* (1). A diferença é, portanto, de ordem técnico-doutrinária e quanto à maior ou menor extensão desses direitos. Os *contratualistas* fixam-se no "ato inicial do consentimento", pois que, no substrato jurígeno que dá lugar à relação de emprego público, à formação do *status* funcional, se insere a manifestação de vontade do nomeado unilateralmente pela Administração, aceitando a designação. Teríamos um *contrato de direito público*, caracterizado pela supremacia do Estado, quer na formulação do seu conteúdo (tratar-se-ia de um *contrato de adesão)*, quer nas suas modificações ulteriores, porquanto a *mutabilidade* é um dos atributos dos *contratos administrativos*, como o de obra pública ou o de concessão de serviços públicos. Sustentam, em contrário, os adeptos da *teoria estatutária*, que o ato administrativo de nomeação, e o individual, de *aceitação*, pela *posse*, são *atos unilaterais sucessivos*, cujo efeito é a *investidura*, e que não criam a *situação jurídica funcional*, mas limitam a posicionar a pessoa física numa situação geral instituída pela própria lei, que forma e modifica todo o conteúdo da relação jurídica entre o nomeado e a pessoa jurídico-administrativa pública. No *contrato de*

(1) HELY, op. cit., p. 374: "Não quer isso dizer entretanto que em nenhuma hipótese se constituam direitos adquiridos em favor do funcionário".

adesão, ao contrário, a situação jurídica dos contratantes é *subjetiva,* criada por ato jurídico bilateral, sejam as cláusulas respectivas estabelecidas por normas jurídicas (como no caso de contratos de seguro), sejam as mesmas estipuladas livremente pelo ofertante, com a adesão do co-contratante. É certo, ainda, que, constituído o vínculo contratual, não poderá haver, para o contrato já celebrado, modificações normativas.

A legislação brasileira tem consagrado, expressamente, a *teoria estatutária,* datando de 1939 (Decreto lei nº 1.713, de 28 de outubro) o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo da União, sendo o atualo instituído pela Lei nº 1.711, de 28-10-52, com alterações posteriores. As entidades locais têm, igualmente, seus estatutos funcionais. Outrossim, a Lei nº 6.185, de 11-12-74, ao dispor sobre os servidores públicos civis da Administração Federal Direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, estabeleceu que uma parte desses servidores (aos quais se refere o art. 2º, alterado pela Lei nº 6.335, de 31-5-76) se regerá por *disposições estatutárias.*

3. O debate entre as teorias *contratualista* e *institucionalista* ou *estatutária,* e as dificuldades, mesmo dentre os adeptos da última, na fixação de direitos subjetivos, adquiridos, dos funcionários públicos, mostram a necessidade de aprofundamento na análise da matéria. Procuraremos, no presente trabalho, destacar aspectos não-regulamentares e, em conseqüência, imutáveis da relça oãfuncionário Estado.

4. A distinção entre *situação jurídica objetiva, geral, estatutária, regulamentar* ou *institucional,* e *situação jurídica subjetiva,* de um lado, e a correlata, entre *ato-condição* e *ato subjetivo,* de outro, que nos vieram de LEON DUGUIT, GASTON JÈZE, ROGER BONNARD e outros, tem sido empregada na equação de um sem número de problemas de Direito Administrativo.

No primeiro caso, a regra jurídica criaria a situação, dando-lhe o respectivo conteúdo de direitos e deveres. Como a regra jurídica é, igual para todos, aqueles que se encontram na mesma situação têm os mesmos direitos e deveres. A *identidade* ou *uniformidade* é, pois, atributo inerente a essa espécie de situação jurídica. A característica da *mutabilidade* decorre da própria natureza da regra jurídica, modificável a qualquer momento: alterando-se a regra, altera-se o conteúdo da situação jurídica. O terceiro atributo é o da *permanência,* no sentido de que, ao contrário do que ocorre no direito obrigacional, em que o cumprimento do débito e a fruição do crédito exaurem o vínculo entre as partes, o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres não produzem tal extinção, se se trata de *situação regulamentar.*

A *situação jurídica subjetiva* teria características opostas: reconhece-se, assim, a sua *particularidade,* pois que cada direito, cada dever, seu conteúdo, enfim, é especial, diverso dos direitos e deveres e do conteúdo de outras situações jurídicas subjetivas, ainda que semelhantes, pois que cada uma tem objeto próprio; a sua *imutabilidade* através de regra jurídica ulterior; a sua *temporariedade,* porquanto "o poder jurídico e o dever jurídico individuais desapareceram em consequência do exercício do poder ou do cumprimento do dever" (2).

Os partidários da distinção apontam exemplos clássicos de uma e de outra espécies: as situações jurídicas do eleitor, do funcionário, no *Direito Público,* dos cônjuges, dos filhos, no *Direito Privado,* são de índole *objetiva;* as situações contratuais, a do contribuinte de determinado imposto, uma vez realizado ofato gerador, são *subjetivas.*

5. A corrente que desenvolveu a noção de *situação jurídica* sustentou a inexistência de *direitos subjetivos.* "De tudo que precede resulta que não existe, em absoluto, direito subjetivo, mas, ao mesmo tempo, em condições determinadas pelo Direito objetivo, vias de direito são abertas tendentes a garantir aos indivíduos certas vantagens, reprimindo certas atividades. Desses indivíduos diz-se que eles se encontram em uma situação jurídica" (3).

Pode-se, no entanto, estabelecer a correspondência entre a situação subjetiva, com as características apontadas, ao *direito subjetivo adquirido,* aquele com sujeito e objeto *individualizados,* num relacionamento de *exclusividade* (4).

6. A teoria em questão, conforme já assinalado, está conjugada com uma classificação específica dos *atos jurídicos.*

A primeira categoria é a daqueles que visam a uma modificação nas *regras de direito:* são os *atos-regra,* de caráter objetivo, pois, que, em razão deles, se produz, unicamente, uma alteração no Direito obje-

---

(2) GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo,* 1940, Dapalma, Buenos Aires, I:23.

3) LEON DUGUIT, *Traité de Droit Constitucionnel,* Paris, 1927, 3a. ed., I: 307 e 433 e segs.

(4) A *identidade* da *situação estatutária* e a *particularidade* da *situação subjetiva* não estão, apenas, nem basicamente, na possibilidade de, através de negócios jurídicos, haver, na segunda, a auto-regulamentação de interesses, com cláusulas específicas. Com efeito, nos chamados contratos compulsórios e de adesão com cláusulas normativamente formuladas, essas são uniformes, resultando de contrato-padrão. A *particularidade* da segunda está, exatamente, na sua *subjetividade,* isto é, na *particularização* do *sujeito ativo* em relação ao *objeto* do direito. Ao contrário, a *identidade* da *situação estatutária* se prende na *não-subjetividade* do *direito* respectivo, na não-vinculação individualizada de um *sujeito* a um *objeto.* A *subjetividade* da *situação* decorre daquela *particularidade, individualidade exclusiva,* associada à *imutabilidade* do *direito adquirido.* Verifica-se, destarte, que o sentido de *subjetivo* na expressão *direito subjetivo* não é o mesmo desse termo na expressão *situação subjetiva:* naquela primeira está contida, é essa, somada à *imutabilidade.*

tivo, sem que seja atingida a situação de uma ou de várias pessoas determinadas. As leis, os regulamentos, no Direito Público, os estatutos de uma associação, no Direito Privado são *atos-regra*. O *ato-regra*, qualquer que seja seu autor, caracteriza-se, porque *organiza, cria a situação jurídica geral, impessoal, objetiva; cria, organiza um poder jurídico impessoal, objetivo,* contém essencialmente uma *regra de direito*.

Haveria *situações jurídicas objetivas* que nasceriam diretamente do *ato-regra*. DUGUIT exemplifica: "A lei eleitoral francesa decide que todo francês maior de 21 anos de sexo masculino... é eleitor. Por aplicação direta e imediata dessa lei, todo francês, ao chegar a idade legal, torna-se eleitor" (op. cit., I:309).

Mas "há situações que têm certamente o caráter de situações gerais e permanentes e que, embora derivadas da lei, a qual determina seu alcance e extensão, não nascem senão sob a condição de que certos atos individuais tenham sido realizados", atos que, por essa razão, são chamados de *atos-condição*. "Tais são, em verdade, situações legais, pois que sua extensão e seu conteúdo são determinados exclusivamente pela lei. Mas a expressão pode criar confusão porquanto tais situações somente podem existir, se intervém um certo ato de vontade individual, seja de um particular, seja de um agente público, não sendo, por conseqüência, a situação o resultado da aplicação diretamente da lei. Essas situações objetivas, cujo conteúdo é regulado pela lei, mas que nascem, apenas, após certos atos de vontade, os quais condicionam a aplicação, são muito numerosos em Direito Público, como, por exemplo, a situação dos funcionários, certamente geral e permanente, que não pode existir, contudo, senão após a interferência de uma nomeação" (I:311). O *ato-condição* "determina um indivíduo, de tal maneira que uma norma jurídica, que não lhe era anteriormente aplicável, se lhe torna aplicável... em razão dele nasce para uma pessoa um estatuto que ele não tinha antes... O ato é *objetivo*, no sentido de que tem como único efeito condicionar a aplicação de certas disposições do Direito objetivo. Mas ele tem algo de subjetivo, pois que condiciona a aplicação, a um sujeito determinado, da norma considerada... Os exemplos dos atos jurídicos dessa espécie abundam no Direito Público e no Direito Privado. Basta citar a nomeação de um funcionário, o reconhecimento do filho natural, a legitimação, o casamento, a naturalização" (I:328).

A terceira categoria é a dos *atos subjetivos*, que são os que produzem para um sujeito "uma obrigação especial, concreta, individual, momentânea, que não fora criada pelo Direito objetivo, e que não existiria com relação àquele indivíduo pela aplicação de qualquer regra do Direito objetivo" (I:329).

7. Como ocorre, em geral, com as teorias, elas retratam, apenas aspectos de toda uma verdade, apresentando, tão somente, os ca-

sos mais típicos, extremos. Uma série de observações cumpre, portanto, seja feita.

8. Os *efeitos jurídicos* não são, segundo a melhor doutrina, *produto direto* da regra jurídica. O que ocorre é a *incidência* da regra jurídica sobre um *substrato*, que, assim entrando no mundo jurídico, faz surgir o *fato jurídico*, do qual decorrem os *efeitos de direito* (v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., I:77). Esses *fatos*, como sabemos, podem ser *naturais* ou *humanos*, *lícitos* ou *ilícitos*, podendo os respectivos *efeitos*, ser *queridos*, ou não, por seu autor. Nesse sentido, o exemplo da aquisição do *status* de filho, através do nascimento, não é de aplicação imediata da lei, mas de ocorrência de *fato condição*, já que a classificação em questão não abrange, apenas, os *atos jurídicos*, mas também os *fatos jurídicos*, fazendo-se, em decorrência, igualmente, em *fatos subjetivos* (v. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, I:362). O *vínculo contratual* não esgota os antônimos do *vínculo institucional*, cabe, ademais, assinalar.

8.1 Os próprios defensores das discriminações em tela não puderam deixar de observar, por outro lado, que, em razão da ocorrência de um mesmo *ato*, um determinado sujeito de direito passa a ter poderes e deveres, alguns subjetivados, outros gerais. Salienta JÈZE, com relação ao direito, do vendedor ,ao recebimento do preço, que "é preciso prestar muita atenção: ao lado do critério *com conteúdo individual*, há poderes jurídicos gerais; por exemplo, o vendedor tem, ao lado do direito de exigir o pagamento do preço, o privilégio respectivo, o direito de penhorar os bens do devedor, o direito de pedir a rescisão do contrato por falta de pagamento etc. Trata-se, aqui, de poderes jurídicos gerais, impessoais, cujo conteúdo pode ser modificado pelo legislador. A lei poderá dispor que não mais existirá privilégio algum, ou o que o privilégio não mais se exercerá senão sobre tais bens, ou que a gradação será diferente, que a ação de rescisão deverá ser itentada em um prazo breve, ou que o direito de penhora se limita a determinados bens etc. Todas essas modificações afetarão não apenas os titulares de crédito futuros, senão também os dos já existentes (op. cit., I:23-4).

DUGUIT, ao tratar da *união*, ou *ato-união*, ato convencional não-contratual, explica que, neste caso, não estamos diante de um *ato subjetivo:* "aqui, temos, ou um *ato-regra*, ou um *ato-condição, e, por vezes, um ato que tem esse duplo caráter*" — o grifo é nosso — (op. cit., I:409).

JÈZE desenvolve, com minúcias, esse ponto: "A compra-e-venda, temos dito, é um contrato; é um concurso de vontades, concurso bilateral, que tem por objeto criar uma situação jurídica individual. Mas é também um ato-condição. É que, com efeito, o fim perseguido pelos contratantes (vendedor e comprador) não é único e idêntico. Há vá-

rios efeitos jurídicos perseguidos pelas partes: 1°) criação de numerosas situações jurídicas *individuais:* obrigação de pagar o preço, obrigação de entregar a coisa vendida etc.; 2°) aplicação, a um indivíduo, numerosas situações jurídicas *gerais* e *impessoais:* aplicação ao comprador do *status legail* de proprietário, aplicação ao vendedor do *status* legal de credor privilegiado, de titular da ação de rescisão etc. A compra-e-venda é, pois, *para certos efeitos jurídicos,* um ato jurídico *criador de situações individuais,* e, para outros, um *ato jurídico-condição*. E isso não é particularidade da compra-e-venda. A maior parte dos atos jurídicos criadores de situações jurídicas individuais são, ao mesmo tempo, atos-condição, toda vez que um ato jurídico produz, muito amiúde, e quase poderia dizer-se sempre, várias classes de efeitos jurídicos. Existe diversidade de conteúdos: segundo se considere tal ou qual conteúdo, o ato terá tal ou qual natureza jurídica (I:52-3).

8.2. Os *direitos* e *deveres* são *efeitos* da juridicização de *atos* e *fatos jurígenos*. Cada *direito,* e seu correlato *dever,* constitui, na teoria estudada, *uma* situação jurídica. JÈZE explana, com precisão: "As *situações jurídicas* são *poderes* ou *deveres jurídicos*. Todo poder, todo dever jurídico constitui, uma situação jurídica que deve ser examinada *em si*. Existe aqui um limite muito importante. Ocorre, com efeito, muito amiúde, que, em conseqüência de um ato jurídico, um indivíduo é investido de *vários direitos* e ainda de *deveres*. Não pode dizer-se que se ache em *uma* situação jurídica: é preciso dizer que, em conseqüência desse ato, se colocou em *várias* situações jurídicas; e pode acontecer que tais situações jurídicas não sejam da mesma natureza, sendo umas *gerais, impessoais, objetivas,* e outras individuais, subjetivas" (op. cit., I:15).

8.3. Do exposto no subitem anterior pode concluir-se que não há *ato-condição* ou *ato-subjetivo puro,* já que de um mesmo ato decorrem múltiplos efeitos de variadas naturezas: há *cargas de objetividade* e de *subjetividade* para cada ato. O *fato* ou *ato jurídico,* na medida em que for um *fato* ou *ato-condição,* coloca a pessoa em determinado regime jurídico (como o de nacional, de cônjuge, de filho legítimo, de proprietário, de funcionário público etc.), mais ou menos amplo. O regime jurídico em que é colocada a pessoa lhe confere, desde logo, direitos potestativos ou formativos, geradores, modificativos ou extintivos (sendo certo que aos direitos potestativos é que se refere, principalmente, a teoria em estudo, quando trata de poderes *impessoais* e *gerais* da pessoa em *situação objetiva:* cf. JÈZE, op. I:13-4), direitos subjetivos, direitos assubjetivados, direitos adquiridos, ou não, direitos expectativos, direitos expectados, poderes, faculdades, meras expectativas de direito etc. Além disso, à medida que novos fatos e atos vão tendo lugar, vai havendo modificações, subjetivam-se situações, direitos tornam-se adquiridos, expectativas transformam-se em direitos, e assim por diante. Ao enquadrar-se no regime legal, a pessoa, desde logo, assume situações *objetivas* e *subjetivas,* sendo certo que esse enquadramento pode ser posterior à entrada em vigor do

ato-regra, ou concomitantemente, dependendo de que a pessoa preencha o pressuposto respectivo somente depois ou já o preencha quando do início da vigência do ato-regra.

8.4 Ademais, a teoria em foco, ao pretender substituir o conceito de *direito subjetivo* pelo de *situação jurídica*, visou, fundamentalmente, à solução do problema da *mutabilidade* ou *imutabilidade* dos efeitos dos fatos e atos jurídicos diante das leis novas, ou seja, a velha questão da *retroatividade (retroeficácia)* ou *irretroatividade (irretroeficácia)* das normas jurídicas, ou, segundo outros conceitos, o problema do *direito adquirido*.

PONTES DE MIRANDA (5), peremptoriamente, afirma, de DUGUIT e de JÈZE, "que, na verdade, nada de científico trouxeram à solução do problema.

Parece-nos demasiadamente radical a crítica. Com efeito, embora não cubra, conforme já acentuamos, toda a gama de hipótes, as situações tratadas pela teoria são bem típicas, sendo importante caracterizá-las, notadamente no Direito Público (6).

8.5. Cabe assinalar que a imutabilidade de uma situação jurídica frente à lei nova pode decorrer de fatores diversos. Dentre eles cabe destacar a existência de norma constitucional que a imponha,

---

(5) *Comentários à Const. de 1967*, 2a. ed., 1970, Rev. Tribs., V:59-60: "Já no nosso século LEON DUGUIT e GASTON JÈZE procuraram frisar a distinção entre situações jurdicas subjetivas e situações jurídicas objetivas, para que sobre ela pudesse repousar a construção do direito intertemporal... A lei nova poderia sempre modificar aquelas (as situações jurídicas objetivas); esbarra ante essas (as situaçes jurídicas subjetivas)... FERDINAND LASSALLE teve alguma responsabilidade nos desenvolvimentos de LÉON DUGUIT e de GASTON JÈZE..." A Lei de Introdução ao Cóódigo Civil Brasileiro, de 1942 (Decreto-lei nº 4.657), dispõe, em seu art. 6º, que "a lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá entretanto, salvo disposição em contrário, as siatuções jurídicas definitivamente constituídas e o ato jurídico perfeito". Substituiu, pois, em termos de eficácia jurídica, a noção de *direito adquirido* (art. 3º, e § 3º, da Const. de 46, e a Lei nº 3.238, de 1-8-57, que, respectivamente, revogaram e substituiram a redação daquele dispositivo, voltaram à noção anterior.

(6) A teoria não abrange, por exemplo, a situação do proprietário, com direito subjetivo adquirido absoluto, frente, como se diz, a sujeito passivo total, pois que sua situação não é transitória, mas permanente. Tampouco é regulamentar, a situação dos que são titulares de direitos subjetivos atingíveis pela lei nova, eis que, não adquiridos. Caso específico é a posição dos que estão em situação subjetiva mas submetidos ao exercício do *ius variandi* pela outra parte.

(7) A consagração constitucional do respeito ao direito adquirido não vale, segundo os autores, contra as novas normas constitucionais: não há direito adquirido contra a Constituição. É que o fato de uma regra contemplar, expressamente, tal respeito só vale em termos de formulação, e interpretação normativas, não vedando, evidentemente, que nova norma de mesma hierarquia venha a dispor de modo diverso. No caso da Constituição, só os *direitos fundamentais*, que derivariam de um Direito Natural Social ou Relativo é que seriam inatingíveis por quaisquer reformas constitucionais. Os demais direitos públicos subjetivos não são adquiridos, em termos constitucionais. A Constituição é o *Estatuto Supremo* e, como tal, as situações jurídicas que dela decorrem são eminentemente modificáveis.

o que se torna sobremodo relevante, no Direito Brasileiro, não só pela própria consagração constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido (art. 153, § 3°), como pela constitucionalização do nosso Direito, o que se verifica, de modo acentuado, no campo do Direito Administrativo, e, em especial, em matéria de funcionalismo público (arts. 97 a 111) (7). Outro fator é a natureza jurídica dos atos, fatos e situações conseqüentes, de acordo com o ordenamento jurídico, e, em tal hipótese, se enquadram as situações ditas subjetivas.

9. O vínculo que se forma entre a Administração Pública e todo aquele que com essa se relaciona, para participar, profissionalmente, do exercício da atividade administrativa, apresenta dois aspectos: o de *serviço* e o *profissional*. Isso ocorre com o co-contratante da obra pública, com o concessionário de serviço público, com o *funcionário público*. Nos dois primeiros casos, fala-se, mesmo, em *lei do serviço*, em *cláusulas de serviço*, ao lado da parte ou *cláusulas financeiras*.

9.1 No que concerne ao *funcionário público*, há a *relação funcional* e a *relação profissional*.

A primeira envolve o conjunto de poderes e deveres funcionais do servidor como titular de uma *função pública*, que, em *sentido estático*, é uma forma de *capacidade administrativa*, de *status* jurídico, habilitando o agente público a ocupar determinadas espécies de *órgãos públicos* e a neles exercer uma atividade, que é a *função pública* em *sentido dinâmico*. Nesse momento, desenvolve-se a *relação orgânica*, pela qual os atos ou fatos dos funcionários são imputados diretamente ao Poder Público, porquanto as pessoas jurídicas querem e agem através das pessoas físicas que são os ocupantes de seus órgãos.

A outra *relação* é a de ordem profissional, em que o funcionário se apresenta como quem exerce uma atividade remunerada, visando ao ganho. O funcionário, tal como o empreiteiro da obra pública, o fornecedor de material e o concessionário de serviço público não age desinteressadamente, mas com objetivos econômicos.

A formação de vínculo e, em decorrência, das duas relações mencionadas, entre o Estado e a pessoa física que se torna *funcionário público*, dá-se através da *investidura* do segundo no *cargo público*, função pública específica. A *investidura* é o efeito final do *ato administrativo unilateral* da *nomeação*, com sua sua eficácia plena atingida pela aquiescência do nomeado, pela prática do outro *ato unilateral*, traduzido na *assunção* ou *posse* do cargo, por que se declara o assentimento do designado.

9.2 Há, é certo, diferenças entre a situação do *funcionário público* e a do *co-contratante* ou a do *concessionário*.

Em primeiro lugar, esses dois últimos são meros *colaboradores* do Estado, não integram a Administração Pública, enquanto o funcionário é um agente do Poder Público, titular de *cargo público*, merecendo sua *função* em *órgãos públicos*, *querendo* e *agindo pelo* Estado, conforme já foi acentuado.

Outrossim, nos *contratos administrativos*, há, e, nas *concessões de serviços públicos*, pode haver, *bilateralidade*, ou seja, mais de uma declaração de vontade no respectivo *substrato* ou *suporte fático*, em termos de *existência* do ato. No caso do *funcionário público*, há a chamada *unilateralidade relativa*, que se opõe a *unilateralidade absoluta*, porque a eficácia plena da *nomeação* depende da *posse*.

O *co-contratante* e o *concessionário* só atuam com plenas garantias de seus ganhos e, daí, a *bilateralidade* dizer respeito aoh aspectos *econômico-financeiros* da vinculação com o Poder Público, ou seja à *relação profissional*. Essa *bilateralidade* está conjugada com a *subjetividade* concernente à denominada *equação econômico-financeira* do *contrato* e da *concessão*, a traduzir o equilíbrio entre os ônus e as *vantagens* do particular, para preservação da *comutatividade* do acordo. Só assim, aliás, a Administração Pública pode atrair a empresa privada a com ela colaborar no desenvolvimento da atividade administrativa.

10. As diferenças apontadas entre a posição do *funcionário* e a do *co-contratante* e do *concessionário* não afetam a *relação profissional* do primeiro.

Com efeito, o fato de os dois últimos serem *colaboradores da Administração Pública* e o *funcionário* ser *agente* reflete, tão-somente, o ângulo de sua *relação funcional* com o Poder Público.

Por outro lado, a *subjetividade*, a *imutabilidade* de uma situação jurídica pode coexistir com a *unilateralidade*, como, até mesmo no Direito Privado, no caso da *declaração unilateral de vontade*. Assim, na *concessão*, a *unilateralidade* tem estado sempre presente e, inclusive, tem-se expandido. Com efeito, sob o ângulo da *delegação*, essa tem sido, muitas vezes, outorgada por *ato unilateral*, como o caso das concessões de serviços públicos de energia elétrica (arts. 81 e 82 do D. 41.019, de 26-2-57). Em princípio, a esse ato unilateral deveria seguir-se a celebração do contrato de concessão (art. 83 a 86), mas isso não se tem verificado na prática, e passa a existir a *concessão* apenas com *atos unilaterais:* o da *outorga* e o da *aceitação* do concessionário. Mas as *garantias econômico-financeiras do concessionário* estão asseguradas, porque, acima das regras jurídicas que compõem o estatuto do concessionário, pairam normas constitucionais e princípios gerais que lhe asseguram *direitos públicos subjetivos*, como o disposto no art. 167, II e III, da Constituição Federal, que determinam que a remuneração do concessionário deve permitir a

justa remuneração do capital investido e a preservação do *equilíbrio econômico-financeiro* da concessão.

Ademais, a *unilateralidade relativa* e a *bilateralidade* são, apenas, questão de técnica jurídica, nos planos da *existência* e da *eficácia* dos atos jurídicos. No primeiro caso, existem dois atos, autônomos, mas cujas eficácia são interdependentes. No segundo, não há dois atos, mas um só, com duas declarações de vontade num mesmo substrato existencial .Como acentua PONTES DE MIRANDA (*Trat. de Dir. Priv.*, III:144), o *ato bilateral* compõe-se da fusão de dois atos unilaterais, que perderam sua autonomia, que não mais podem existir sozinhos.

Além disso, a *anilateralidade* e a *bilateralidade* dizem respeito, no sentido indicado, ao aspecto da *existência*. Mas quer o *ato unilateral*, quer o *ato bilateral* podem ter *efeitos bilaterais (bilateralidade* no tocante à *eficácia)*: criando relação jurídica bilateral, acarretam *prestação* e *contraprestação*.

11. Tal como ocorre com o *co-contratante* e o *concessionário*, que também se relacionam *profissionalmente* com a *Administração Pública*, o básico, em termos de *imutabilidade* e de *subjetividade*, no vínculo *funcionário-Estado*, radica-se nos respectivos aspectos econômico-financeiros. É o de que cuidaremos a seguir.

A *imutabilidade*, a *subjetividade*, nesses pontos, decorre, expressa ou implicitamente, do sistema jurídico. É certo, aliás, que, como, no caso, o ato que dá nascimento à situação jurídica é um ato unilateral, sem parcela de auto-regulamentação, estando o respectivo conteúdo todo em normas legais, a *imutabilidade* da situação decorre, em grande parte, de normas ou princípios superiores àquelas regras que fornecem o conteúdo da situação. Daí a importância, em nosso caso, das *normas e princípios constitucionais sobre o funcionalismo público*.

Em linhas gerais, podemos dizer que há *objetividade* em relação a tudo aquilo que diz respeito à organização, à estruturação administrativa ou, mas precisamente, naquilo que se refere à *relação funcional* entre Estado e funcionário, que, nessa parte, vê o conteúdo de suas situações jurídicas, de seus *direitos* e *deveres*, eminentemente alterável.

Ao contrário, o que diz respeito, à *relação profissional* ostenta carga preponderantemente *subjetiva*, pois que, tal como o *co-contratante* e o *concessionário*, o funcionário visa ao ganho, tendo por base a relação *ônus-vantagens*. Esse equilíbrio, essa equação não são, evidentemente, privativos daqueles colaboradores, nem o fato de o funcionário integrar a Administração Pública o torna menos profissional.

Sempre que a mutação da parte organizatória *(relação funcional)* influi na parte econômico-financeira, tal como ocorre nos *con-*

tratos administrativos em geral e nas *concessões*, deve haver o reajuste remuneratório que restabeleça o equilíbrio.

12. PONTES DE MIRANDA (*Coms. à Const.* cit., III:438) salienta, com precisão, a diferença entre os Países em que os direitos e deveres dos funcionários limitam-se ao plano legal, e o Brasil, em que alcançaram nível constitucional:

> "Devemos afastar, no tratamento dos problemas ligados aos funcionários públicos, segundo o direito brasileiro, toda assimilação do direito ou da doutrina daqueles Estados, que não têm, ou não tinham, a "constitucionalização" da disciplina jurídica dos funcionários públicos. Os arts. 158-173 da Constituição de 1934, de que, *grosso modo*, procederam os arts. 97-111 da Constituição de 1967, foram inspirados no pensamento de integrar o funcionário público no direito constitucional, tal como se esboçara na Constituição alemã, social-democrática, de 1919. Devemos, por isso, evitar a transladação de frases, teorias, princípios que correspondem a concepções já superadas.
>
> Em alguns sistemas jurídicos, como o francês, a situação do funcionário público resulta de estatuto legal, que as leis novas podem sempre alterar, *in futurum*. É o princípio de imediata incidência da lei; não se vai ao passado; rege-se o fato que já t mas apanha-se o presente, excluindo-se a incidência da lei anterior. Assim, se os pressupostos para a nomeação se mudarem, os nomeados ficam incólumes; os que tiverem, depois, de ser nomeados hão de os satisfazer. A incompatibilidade de funções pode ser estabelecida por lei nova; bem assim, os poderes e deveres do funcionário público. Quanto aos vencimentos, não há qualquer direito adquirido que obste a leis que os diminuam prospectivamente — no que há evidente confusão entre eficácia imediata e ofensa a direito adquirido" (8).

13. A Súmula 27 do Supremo Tribunal Federal enuncia que "os servidores públicos não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhes são equiparados".

---

(8) Referindo-se aos que opinam, sem atentar para essa realidade, diz PONTES: "É pena que tão retardado pensamento se haja refletido em acórdãos e em opiniões de juristas brasileiros, que mais têm os olhos nos livros franceses, italianos e argentinos que lêem, do que no texto da Constituição brasileira e da leis brasileiras" (op. cit., II:456.

PONTES DE MIRANDA sustenta, porém, com propriedade, que não há, "no sistema jurídico brasileiro, o *princípio da redutibilidade dos vencimentos dos funcionários públicos*. Tal princípio, examinado à luz da investigação científica, decorreu, nos outros sistemas jurídicos, de reminiscência despótico-regalianas e, no século passado, de pouca informação sobre o direito intertemporal do direito público". Mostra o festejado jurista que, "se o Estado põe o funcionário público nos quadros permanentes da hierarquia estatal, para que se dedique *exclusiva* ou *quase exclusivamente*, ininterrupta e permanentemente,, ao serviço público, mediante contraprestações que a lei teve por suficiente há *direito adquirido*" a vencimentos futuros, em determinado valor *(Coms.*, III:455).

Salienta que, "por exigência *constitucional* implícita, os vencimentos dos funcionários públicos estáveis são irredutiveis: a estabilidade dá-lhes a pretensão quanto ao futuro, de modo que o art. 153, § 3º, é invocável". "Os vencimentos dos *funcionários públicos estáveis*, que são os de que cogita o art. 100, não podem ser diminuídos, porque seria ilusória a estabilidade... Não pode o funcionário público estável sofrer diminuição nos vencimentos: se a lei os deu, foi o que o Estado reputou indispensável, como contraprestação, para absorção da atividade de funcionário público" (p. 453). "Os vencimentos dos que são "de livre nomeação e demissão", ou exercem "cargos de confiança", são redutíveis. Quem pode ser demitido, a nuto, pode ter diminuídos os seus vencimentos" (p. 454). "Funcionário público estável é funcionário público a que o Estado deve e é obrigado a não afastar do cargo senão conforme a Constituição, ne ma retirar-lhe as vantagens sem as quais teria ele de preferir demitir-se: quem não pode demitir, não pode forçar, pelas circunstâncias, à demissão (p. 456). *"Há, pois, por parte dos indemissíveis a nuto,* direito aos vencimentos, *como forma fixados,* no futuro (isto é, enquanto exerçam legalmente o cargo)" (p. 457).

Não se diga que, se a Constituição Federal contempla, expressamente, os juízes com a irredutibilidade de vencimentos, estariam excluídos dessa garantia as demais categorias funcionais. Os juízes não podem sofrer redução, em hipótese alguma, nem mesmo, em razão de desconto previdenciário. Já os demais funcionários podem ser atingidos, se, por exemplo, a contraprestação a que estejam obrigado tem seus ônus diminuídos.

A redução fora das hipóteses pertinentes é inconstitucional, mesmo que o Estado faça a diminuição por lei geral: "a igualdade na ofensa aos direitos não torna legal cada ofensa" (9).

14. Mas a Constituição Federal não se contentou com a outorga desse direito aos funcionários: assegurou-lhes o reajustamento dos

(9) PONTES, op. e t. cits., p. 458.

vencimentos "por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda", como se vê pelo disposto no art. 102, § 1º, da Carta Política Nacional.

O aumento do custo de vida, a desvalorização da moeda nacional são fatos notórios e o costume (de decisiva eficácia vinculativa no Direito Público) tem sido o das majorações anuais. Essas majorações não são, porém, dádivas do Poder Público, mas o cumprimento de uma obrigação, por parte desse. E, como é evidente, a *modificação* dos vencimentos, por motivo da *alteração* do poder aquisitivo da moeda, tem de ser no mesmo índice dessa desvalorização, pois que, do contrário, a norma constitucional estaria frustrada. O Governo, recentemente, declarou, publicamente, através da televisão, que o aumento do funcionalismo deveria ser de 46%, percentual do aumento do custo de vida, mas que as possibilidades do erário só permitiam a concessão de 30%, aumento que prevaleceu. Desatendeu-se à Constituição Federal.

15. Outra hipótese importante é o de o Estado impor a uma classe de funcionários, de tempo parcial, o regime de tempo integral, a dedicação exclusiva, ou uma séria restrição em sua atividade particular, extrafuncional, em especial, se conexa, por sua natureza, com a função pública exercida. Como exemplo típico temos o de uma lei que viesse a vedar a advocacia particular a Membros do Ministério Público que pudessem, pelo estatuto anterior, exercê-la. Em tal caso, impõe-se, igualmente, uma majoração do estipêndio justamente indenizatória (cf. PONTES, op. e t. cits., pág. 454). Para evitar o problema, a lei costume respeitar a situação dos que já são funcionários públicos ou abrir-lhes opção entre se manterem naquela ou passar para a nova, com majoração de vencimentos.

16. A título exemplificativo, podemos referir outros aspectos não-regulamentares do vínculo funcionário-Estado. Situações subjetivas desde o nascimento do referido vínculo são as que correspondem ao direito do servidor ao regime jurídico estatutário, isto é, de direito administrativo, que não poderá ser transformado, unilateralmente, Poder Público, em regime trabalhista (cf. Lei nº 6.185, de 12-12-74); e ao gênero de função a ser exercida, eis que, mesmo no caso de extinção do cargo, o funcionário estável, posto em disponibilidade, deverá ser aproveitado em cargo de natureza compatível com o anterior (10).

---

(10) O crescimento da importância do vínculo trabalhista, em matéria de Serviço Civil, conduzirá, possivelmente, a uma síntese de regimes, com plena integração institucional-subjetiva. Cabe assinalar, ademais, que se é contratual e, portanto, basicamente subjetivo, o liame empregado público-Estado, o exercício, por e se último, de seu *ius variandi* de empregador, e a própria incidência (inevitável), *in casu*, do direito administrativo, conduzem a uma certa mutadualidade das situações jurídicas do trabalhador público.

Outrossim, mercê da ocorrência de atos e de fatos jurídicos subjetivos (p. ex., o transcurso do tempo em termos de exercício da função pública), os funcionários vão adquirindo direitos, assumindo situações subjetivas, imutáveis por lei nova (direito à aposentadoria, direito à licença-prêmio).

O Supremo Tribunal Federal, em conhecido acórdão, assinalou bem esse ponto, ao caracterizar a distinção entre *aquisição* e *exercício* de *direitos funcionais:*

> "O direito adquirido não se pode transmudar em expectativa de direito só porque o titular preferiu continuar trabalhando, e não requereu aposentadoria antes de revogada a lei, em cuja vigência ocorrera a aquisição do direito. Expectativa de direito é algo que antecede a sua aquisição e não pode ser posterior a esta. Uma coisa é a aquisição do direito, outra diversa é o seu exercício. Não devem as duas ser confundidas, e convém ao interesse público que não o sejam, porque assim quando pioradas pela lei as condições da aposentadoria, se permitirá que aqueles eventualmente atingidos por ela, mas já então com os requisitos para se aposentarem, de acordo com a lei anterior, em vez de o fazerem imediatamente, em massa, como costuma ocorrer, com grave ônus para os cofres públicos, continuem trabalhando, sem que o Tesouro tenha de pagar em cada caso a dois servidores: ao novo, em atividade, e ao inativo".

CONCLUSÕES

1) A distinção entre *situações jurídicas objetivas,* ou *regulamentares,* e *subjetivas,* na concepção de LÉON DUGUIT, GASTON JÈZE e outros, buscou, dentre vários aspectos, contribuir para a solução dos problemas de Direito Intertemporal.

2) Nesse sentido, a *situação regulamentar* é atingível pela lei nova, enquanto a *situação subjetiva* não o é.

3) A *imutabilidade* do conteúdo de uma situação jurídica, diante da lei nova, não se esgota, porém, com a característica da *subjetividade,* nos termos da concepção em referência, mas pode decorrer de outros fatores, como a existência de norma ou princípio superior que assegure a intangibilidade daquele conteúdo.

4) Outrossim, de um mesmo ato ou fato jurídico podem resultar *situações jurídicas estatutárias* e *subjetivas,* havendo, em verdade, cargas de *subjetividade* e de *objetividade* em cada um daqueles.

5) A *situação do funcionário público*, individualizada pela investidura, também tida como *regulamentar*, apresenta forte carga de *imutabilidade*, de *subjetividade*, inclusive em razão dos princípios

6) Esses aspectos *não-regulamentares* têm facetas básicas quanto ao ângulo profissional do *vínculo funcionário-Estado*, notadamente e normas constitucionais.

no tocante à remuneração.

7) Tal como o co-contratante e o concessionário de serviço público, o funcionário público brasileiro tem direito a um *equilíbrio econômico-financeiro*, que traduz a equação entre os ônus e as vantagens funcionais.

8) Em conseqüência, por exemplo: a) o funcionário estável não pode ter seus vencimentos livremente reduzidos, ainda que por lei geral, salvo, por exemplo, se houver diminuição da contraprestação a que está obrigado; b) os aumentos por perda do poder aquisitivo da moeda devem corresponder ao respectivo valor da depreciação; c) se o Poder Público impuser a uma classe de funcionários, de tempo parcial, o regime de tempo integral, de dedicação exclusiva, ou uma relevante restrição em sua atividade particular (extrafuncional), conexa, por sua natureza, com a função pública exercida, terá de haver a justa indenização correspondente, pela majoração do estipêndio.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA COMO ÓRGÃO DO ESTADO: INDISPENSABILIDADE DE SUA COLOCAÇÃO CONSTITUCIONAL

José Fontenelle Teixeira da Silva
Humberto Peña de Moraes
Defensores Públicos — RJ

"VI — Criação nos Estados de órgãos destinados à prestação de Assistência Judiciária aos necessitados, em cumprimento de preceito da Constituição Federal. (Da Carta do Ministério Público Brasileiro).

1. ESCORÇO HISTÓRICO:

1.1. O direito dos carentes de recursos de invocar a prestação jurisdicional, na defesa e postulação de seus interesses jurídicos, inserto, hodiernamente, no elenco dos Direitos e Garantias Individuais, consagrado na Carta Magna, bem preocupado as autoridades públicas de todas as épocas, em face da sua peculiar natureza e porque urge que o Estado crie e mantenha, às suas expensas, os órgãos específicos que assegurem, aos economicamente débeis, a sua indispensável instrumentalização, concretizando, ao mesmo tempo, uma de suas peculiares funções protetivas.

1.2. Consectário, ineludível, da proteção dos direitos da pessoa humana, seu berço jurídico-filosófico reside no sentimento de igualdade sobre o qual as mais adiantadas civilizações da antiguidade alicerçaram os seus sistemas políticas e garantiram aos "fracos e oprimidos" possibilidade de reclamar a manifestação da Justiça, independentemente de sua condição de fortuna (1).

1.3. Babilônia, ao tempo do reinado de Hamurabi (2.067 — 2.025 a.C.), Atenas e a Roma de Constantino e Justiniano não ficaram inertes diante da tormentosa questão (2).

1.4. Em verdade, no centro da civilização helênica encontramos os rudimentares mais distantes do tratamento normativo da assistência jurídica, plasmada no princípio de que "todo o direito ofendido deve encontrar defensor e meios de defesa".

1.5. Efetivamente, em Atenas, eram nomeados, anualmente, 10 (dez) Advogados para defender os pobres perante os Tribunais cíveis e criminais.

1.6. Por outro lado, em Roma, atribui-se a Constantino (288 — 337) a primeira iniciativa de ordem legal que veio a se incorporar na legislação de Justiniano (483 — 565), de dar Advogado a quem não possuisse meios de fortuna para constituir patrono.

1.7. Assim é que o Digesto, no Livro I, título XVI, e Livro 3, título I, e o Código, Livro III, título XIV, único, e outras leis romanas registraram regras no sentido de garantir aos pobres, viúvas e pupilos o direito de se dirigirem diretamente ao Tribunal Superior e exigir que ali todas as suas questões fossem julgadas (3).

1.8. A Inglaterra, há mais de oitocentos anos, editou lei que atribuía aos litigantes pobres peculiares e necessários privilégios, voltando, no século XV, sob o reinado de Henrique VIII (1.457 — 1.509), a cuidar do assunto, através de diversos "Acts", que tratavam das denominadas "action in forma pauperis". (4 e 5).

1.9. Em França, as legislações do século XIII, sob o reinado de São Luiz IX (1214 — 1270), no século XIV, sob Carlos IV (1316 — 1378) e no início do século XVII, sob Henrique IV (1553 — 1610), disciplinaram a matéria (6).

1.10. Ainda no século XIV, os Estados Sardos (Sardenha, Piemonte — Sabóia — Saluces — Montferrato — Nice — Gênova) criaram um organismo oficial de prestação de assistência judiciária, cujo sistema veio a ser regulamentado, após, por Amadeu VIII, em 1477, e, por Maria Joana Baptista, tutora de Victor Amadeu, em 1560.

1.11. Pelos regulamentos supra citados a Assistência Judiciária consistia em instituir, junto a cada jurisdição, um Advogado e um Solicitador dos pobres, pagos pelo Estado e considerados funcionários públicos (7).

1.12. Também na Espanha, durante o reinado dos reis católicos Fernando e Isabel, os prisioneiros pobres eram sistematicamente assis-

tidos por Advogados estipendiados pelos cofres públicos, enquanto que na Escócia, pelos idos de 1424, "qualquer criatura pobre, que por falta de astúcia ou fortuna" não pudesse defender a sua causa, recebia proteção especial, nos moldes do que ocorria na Inglalterra (8)

1.13. Sublinhe-se que, na então nascente civilização norteamericana, o Estado de Massachusetts, em 1648, publicou o seu "Livro das Leis e Liberdades Gerais", no qual estava inserto um "Plano de Assistência Legal" aos pobres, plasmado na experiência inglesa da época (9).

1.14. Entrementes cumpre salientar que, embora reconhecido e insculpido no âmbito do Direito Natural, o consagrado princípio da igualdade de todos perante a lei não havia galgado, ainda, a formalização legal.

1.15. Foram, sem dúvida, "A Declaração de Direitos do Estado de Virgínia" (EE.UU.), de 12 de junho de 1776, o primeiro diploma escrito de direitos do homem, na história da humanidade, e a "Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen", de 1789, empunhada e espraiada pelo prestígio épico da Revolução Francesa, e repetida, literalmente, no preâmbulo da Constituição daquele país, elaborada em 1791, que cristalizaram o direito à igualdade de oportunidades perante a lei, no qual encontramos a gênese da assistência judiciária, erigida como dever do Estado (10).

1.16. Com pertinência ao expendido, prelecionou o Dr. José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, em sua obra "Assistência Judiciária, "in litteris":

> Só modernamente, e depois da proclamação do princípio de igualdade perante a lei e de gratuidade de justiça pela Revolução Francesa, de 1789, é que o Estado começou a intervir na assistência judiciária dos pobres, e as nações civilizadas organizaram instituições oficiais. Então a assistência judiciária torna-se um incidente do processo, com regras e fórmulas preestabelecidas."

1.17 Posteriormente, atendendo às imposições da nova ordem social implantada pela Revolução Francesa, a Holanda e a Bélgica, a Itália, Portugal e outros países da Europa e das Américas trataram da questão, em diversos níveis legais. (11, 12 e 13).

1.18. Coube, entrementes, à França, que em 22 de janeiro de 1851 publicou a primeira lei exclusiva sobre o assunto (Code de L'Assistence Judiciaire), o emprego da expressão Assistência Judiciária, nomenclatura adotada e consagrada nos dias que correm.

1.19. O decurso do tempo não diminuiu, todavia, a importância do questionamento e a busca de soluções sensibilizou de tal modo, que a Sexta Conferência Interamericana, a Convenção Geral de Havana, de fevereiro de 1928, cujo objetivo era o de codificar o Direito Internacional Privado, inseriu, no artigo 382, do Título IV, do Livro IV — Direito Processual Internacional do Projeto esta norma:

> "Articulo 382 — Los nacionales de cada Estado contratante gozarán en cada uno de los otros del beneficio de defensa por pobre, en las mismas condiciones que los naturales." (14)

1.20. A assistência Judiciária, a essa altura, deixava de ser tratada como simples e pouco importante benefício, fruto de mero favor, para ser considerada um direito, direito público subjetivo, pois, como diz Pontes de Miranda,

> "é pretensão de Direito Público, munido de ação e a ação munida de processo." (15)

1.21. Identificada a sua gênese jurídico-filosófica e reconhecida, tecnicamente, como um direito dos desprovidos de recursos, a assistência judiciária passou a ser tratada, conseguintemente, como um dos múltiplos deveres do Estado, inserto no âmbito de suas poli-funções.

1.22. Atendendo a um imperativo de ordem pública, de molde a viabilizar, inclusive, a segurança e a tranquilidade social, em todos os continentes, praticamente todos os países se têm preocupado com a questão, atribuindo-lhe ênfase, segundo os meios de que dispõem (16).

1.23. No Brasil, a assistência judiciária tem suas raízes fincadas nas Ordenações Filipinas, pelas quais Felipe II, Rei da Espanha e Portugal, substituiu, em 1603, as anteriores. (17 e 18).

1.24. Ultrapassados os vários estágios legais, foi, em 1870, com Nabuco de Araújo, na presidência do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, que se corporificaram, efetivamente, as diversas iniciativas tendentes à concretização da assistência judiciária.

1.25. Foi, então, aceita a proposta do insígne estadista, ainda em 1870, de instituir-se a praxe, entre os Membros do Conselho ou do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, de defender e dar consultas gratuitas aos pobres (19).

1.26. Apesar disso, Nabuco sentia que a prática adotada não era eficiente para o atingimento dos objetivos almejados, de vez que carecia de edificação legislativa, e, em magistral alocução, que guarda, até hoje, o timbre da atualidade, verberou:

"se não se pode tudo, faz-se o que é possível. No estado atual da nossa legislação, e atendendo-se às despesas que uma demanda custa, pode-se dizer, sem medo de errar, que a igualdade perante a lei não é senão uma palavra vã.

Que importa ter direito, se não é possível mantel-o? Se um outro pode vir privar-nos delle? Que importa ter uma reclamação justa se não podemos apresentál-a e seguil-a por falta de dinheiro? A lei é, pois, para quem tem dinheiro, para quem pode suportar as despesas das demandas.

É assim que, confiados na impotência dos reclamantes, muita gente ha que atrevidamente usurpa os direitos alheios. É assim que muitos infelizes transagem, por ínfimo preço, sobre direitos importantes.

Este estado de cousas afflige a moral pública, mostra que o direito de propriedade ainda não está cercado das garantias que lhe convém.

As nações mais civilizadas, como a França, Bélgica, Holanda e Itália, já têm estabelecida a assistência judiciária. Porque o Brasil não ha também de attender a esta necessidade, que tanto interessa à moral, como à liberdade individual e ao direito de propriedade? (20).

1.27. Finalmente, proclamada a República, no Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, foi editado o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, dispondo sobre a Organização na Justiça no Distrito Federal, e através do qual ficou o Ministro da Justiça autorizado a organizar "uma comissão de patrocínio dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necessários." (21).

1.28. Assim, depois da representação de Isaias Guedes de Mello, objetivando a regulamentação do permissivo legal, o Ministro da Justiça, Amaro Cavalcanti, convencido da inarredável solução de ordem pública, acolheu o trabalho elaborado pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o submeter ao então Vice-Presidente da República em exercício, Manoel Victorino Pereira, que fez publicar, em 8 de fevereiro de 1897, o Decreto nº 2.457, que organizou a Assistência Judiciária no Distrito Federal.

1.29. A Assistência Judiciária, tendo como Presidente Geral o Dr. Mello Mattos, era, então, exercida por uma Comissão Central e várias Comissões Secionais (22).

1.30. A experiência do serviço instalado foi aproveitada por outras unidades da Federação, a princípio, apenas, para resolver o problema do pagamento das custas processuais.

1.31. Após, contudo, o sancionamento, em 1º de janeiro de 1916, do Código Civil Brasileiro, que entrou em vigor em igual data do ano seguinte, os principais Estados procuraram inserir em seus Estatutos Processuais, na forma vigente à época, princípios modernos de processo civil, pelo que chegaram a regular, inclusive, o Instituto da Assistência Judiciária, sendo o primeiro o da Bahia, a que se seguiram os de São Paulo e Minas Gerais (23).

1.32 Vale notar, porém, que o Estado não se havia dado conta de que o encargo do patrocínio gratuito das causas dos deserdados era dever seu, dever-função, emergente de sua própria essência.

1.33. A prestação do patrocínio gratuito, no Brasil, perseverava, ainda, com conotações caritativas e, afinal, não passava de uma imposição legal dirigira aos Advogados, fiscalizada pela Ordem, que transformara uma recomendação em dever. Era caridade prestada pelo Órgão de Classe dos Advogados, através dos seus filiados que tinham o seu ministério privado, inexplicavelmente, explorado pelo Estado.

1.34. A propósito da assertiva retro, afirmou a ilustrada Procuradora do Estado de São Paulo, Dra. Circe Marcondes Gomes Pereira, em trabalho realizado, em outubro de 1970, na cidade fluminense de Petrópolis, "que a prestação de serviços gratuitos ao Estado constitui locupletação ilícita por parte deste", acrescentando, ainda, que a atual "Constituição Federal assegura direitos de assistência à infância, à maternidade, à educação e à saúde pública, respectivamente em seus títulos III, IV e V, sendo que em nenhum desses casos o serviço é prestado gratuitamente pelo profissional" (24).

2. DA COLOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA COMO ÓRGÃO DO ESTADO:

2.1. Depois de prosperar, esparsamente, em diversas construções legislativas, esse fundamental direito da massa desvalida de recursos, como em homenagem às suas raízes fincadas no Direito Natural e no Direito do Homem, mereceu, em face da sua inegável importância, ingresso no rol dos direitos constitucionais, em nosso país, através da Carta de 16 de julho de 1934.

2.2. Importante, por todos os motivos e consequências, foi o fato de a Constituição de 1934 haver contemplado a assistência judiciária, no capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, acentuando, "in verbis":

"A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos."

2.3. Comentando o acerto da elevação da assistência judiciária ao nível constitucional, afirmou Araujo Castro, "in expressis":

"Nada mais justo do que a assistência judiciária aos necessitados, porque, se é no Poder Judiciário que todos vão encontrar a maior garantia de seus direitos individuais, é bem de ver que sem tal assistência as classes pobres estariam impossibilitadas de fazer valer tais direitos" (25).

2.4. A partir desse momento, programando a criação de órgãos específicos, o Estado passou a reconhecer que era do seu dever oferecer aos juridicamente necessitados os meios capazes para que exercitassem o direito à assistência judiciária, independentemente do pagamento de taxas e emolumentos.

2.5. Assim, verberando os que ainda não haviam alcançado o verdadeiro sentido da assistência judiciária, insistindo em nomeá-la de benefício, assegurou João Bonumá, adjetivista de nomeada, que a nova consciência jurídica universal "a tal ponto tem modificado essa concepção que hoje já se considera assistência judiciária aos necessitados como um direito fundamental do homem. O direito à justiça é tão imprescindível como o direito à vida, à segurança pessoal, à liberdade, à educação, à subsistência e à propriedade. Não é um direito do cidadão. É um direito do homem" (26).

2.6. Seguindo a sua trajetória constitucional, apenas a Constituição outorgada de 1937 deixou de estampar, expressamente, o direito à assistência judiciária.

2.7. Por histórico paralelismo, também o Ministério Público teve aviltado o seu tratamento, de vez que reduzido, no artigo 99, à mera alusão ao Federal e, ainda assim, tão somente no que respeitava ao provimento do cargo de Procurador Geral da República (27).

2.8. A Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, todavia, restabeleceu o direito à assistência judiciária, incluindo-o, no parágrafo 35, do artigo 141, entre os Direitos e as Garantias Individuais, nos seguintes termos:

"O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados".

2.9. Assinale-se que, desde o tratamento dado ao assunto pela Carta de 1934, vários Estados criaram serviços para o atendimento dos juridicamente necessitados.

2.10. São Paulo, em 1935, segundo pesquisa de Peter Messite, Advogado norte-americano, integrante, em 1968, do Corpo da Paz, em nosso país, "criou o primeiro serviço governamental de Assistência Judiciária no Brasil, contando com Advogados de plantão, assalariados pelo Estado. Outras Unidades, como o Rio Grande do Sul e Minas Gerais, seguiram este exemplo posteriormente" (28).

2.11. Mais uma vez os maiores centros do país foram sensibilizados pela norma impositiva emanada da "Lex Fundamentalis", e o Estado de São Paulo, novamente, através do Decreto-lei nº 17.330, de 27 de junho de 1947, criou, no Departamento Jurídico do Estado, subordinado à Secretaria de Justiça e Negócios Interiores, a denominada "Procuradoria de Assistência Judiciária", sob a chefia superior do Procurador Geral do Estado (29).

2.12. Registre-se, todavia, que por razões inexplicáveis, levando-se em conta, inclusive, a extensão do território e o elevado índice populacional, as autoridades paulistas não deram ao órgão a impulsão indispensável para que se tornasse capaz de concretizar, naquele progressista Estado, o direito à assistência judiciária.

2.13. O Distrito Federal, por sua vez, não demorou em cumprir o mandamento da Constituição e, pela Lei nº 216, de 9 de janeiro de 1948, que cuidou da "Composição do Ministério Público do Distrito Federal", incluiu o cargo de Defensor Público no início da carreira do Ministério Público, estabelecendo um sistema que, devido à manifestas inconveniências e inadequações, conquanto ainda prospere, não atingiu o grau de eficiência esperado, fato ocorrido, também, no antigo Estado da Guanabara.

2.14. Logo após, o antigo Estado do Rio de Janeiro instituiu a Assistência Judiciária, criando, pela Lei nº 2.188, de 21 de junho de 1954, seis cargos isolados, de provimento efetivo, de Defensor Público, que, em face da eficiência alcançada em sua evolução sistemática, através da Lei nº 5.111, de 8 de dezembro de 1962, do Decreto-lei nº 286, de 22 de maio de 1970, e da Lei nº 6.958, de 9 de outubro de 1972, veio a constituir-se no embrião da mais avançada e segura estrutura de Assistência Judiciária, organizada como órgão do Poder Público e atualmente em vigor, por força da Lei Complementar nº 6, de 12 de maio de 1977, na nova Unidade, nascida da conhecida fusão de dois dos Estados Membros.

2.15. Saliente-se que, paralelamente, o Congresso Nacional, sensível ao desdobramento jurídico-processuais pertinentes a esse específico

direito dos pobres, aprovou o que veio a ser, afinal, a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, no explendor de sua vigência, "que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados".

2.16. Acontece, porém, que a Lei em questão, impropriamente, confundiu os conceitos técnico-jurídicos de justiça gratuita e assistência judiciária, pelo que redarguiu, em douto magistério, o ínclito tratadista Pontes de Miranda, "in verbis":

> "Assistência Judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal, ou para-estatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogados. É instituto de direito administrativo" (30).

2.17. A distinção, aparentemente acadêmica, encerra, na realidade, grande significado de diferenciação conceitual, porquanto define o campo científico em que se situam os dois institutos e, como consequência, os respectivos princípios norteadores.

2.18. Ademais, o novo ordenamento constitucional, emergente da Revolução de 31 de março de 1964, erigida sobre fortes anseios democráticos, manteve, inserto no parágrafo 32, do artigo 153, da Constituição Federal, editada em 1967, também entre os Direitos e as Garantias Individuais, e, após, emendada, em 17 de outubro de 1969, o direito à assistência judiciária.

2.19. Mais uma vez, o Paradígma Federal reconheceu a natureza fundamental e absoluta do direito à assistência judiciária, levando o renomado jurista Pontes de Miranda a afirmar que a regra constitucional que o emoldura "é bastante em si, *self-executing*, a despeito da alusão *à forma da lei*. Há direito subjetivo à assistência judiciária, há pretensões e ação contra o Estado" (31).

2.20. Deflui da assertiva supra que, negado àquele que já tenha atendido, comprovadamente, as condições para o seu exercício, haverá infração de direito líquido e certo, ensejando, por via de consequência, o mandado de segurança.

2.21. Sublinhe-se, entrementes, que a hipótese não versa o indeferimento da justiça gratuita (instituto de direito pré-processual), contra o qual o remédio recursal é o de apelação, nos termos do artigo 9º, da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973. Diz respeito ao indeferimento

da Assistência Judiciária instituto de Direito Administrativo), segundo o binômio focado.

2.22. Não obstante, a despeito de todo o esforço e dos significativos resultados já alcançados, o direito à assistência judiciária, de tanta influência na tranquilidade e no equilíbrio social, sobre ser componente imprescindível da própria administração da Justiça, ainda carece de instrumentalização segura e definitiva que garanta à enorme população dos juridicamente necessitados, em todo o país, a efetiva oportunidade para exercitá-lo, na defesa e postulação dos seus direitos, eventualmente em risco.

2.23. Com efeito, em nosso país, o problema avulta em importância, não somente pela diversificação do seu contexto géo-sócio-econômico, como também em decorrência do elevado custo para a impulsão das demandas judiciais, o que, naturalmente, frustra a milhares de brasileiros a possibilidade de postular a intervenção da Justiça, objetivando o prevalecimento dos seus direitos.

2.24. Fácil é convir, diante da notória realidade, que poderão contar-se, em alarmante número, aqueles que, por falta de criação, pelo Estado, de órgão público específico de prestação de assistência judiciária, estão sofrendo injusta discriminação, incompatível com os postulados democráticos defendidos pela Revolução de Março de 1964.

2.25. Em verdade, no Brasil, pelo que se sabe, apenas os Estados do Rio de Janeiro e Pernambuco mantêm um sistema adiantado de organismo público de prestação de assistência judiciária.

2.26. No restante dos Estados, ressalvada a possibilidade de informações não detectadas, ou não existe sistema algum, ou o que existe é insuficiente e precário.

2.27. Vale, como exemplo, o Estado de São Paulo que, apesar de garantir, em sua Constituição ,a assistência judiciária aos pobres, por intermédio de uma das Procuradorias de sua Procuradoria Geral do Estado, não dispensou ao organismo a atenção compatível com a sua relevância, pelo que apenas, além da sua capital, poucas cidades, escolhidas entre as maiores, contam com esse indispensável serviço e, mesmo assim, de forma aquém das reais necessidades.

2.28. A recente crise paulista sobre a assistência judiciária, evidenciou, à saciedade, que a inexistência de órgão público, destinado à prestação específica, não só resulta em volumosa e improdutiva sobrecarga para o desempenho profissional dos Advogados dativos, no exercício do ministério privado, como, também, não soluciona o problema dos juridicamente necessitados, dificultando-lhes o impostergável acesso à prestação jurisdicional.

2.29. Grife-se que, a respeito, noticiou, insuspeitamente, o Órgão de Divulgação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Rio de Janeiro, nº 109, edição de 31 de março de 1976, "in expressis":

> "A O.A.B./SP liberou seus filiados do encargo de prestar assistência gratuita (art. 87, nº XI do Estatuto e inc. III letra "D" do Código de Ética)."

2.30. Tratando-se, como demonstrado, de dever do Estado, a este compete, inquestionavelmente, a criação de órgão público que garanta aos juridicamente necessitados, condições reais e seguras de recorrer ao Judiciário, por intermédio dos seus agentes funcionais.

2.31. Inexplicavelmente, todavia, as autoridades não têm sido despertadas para a importantíssima questão, mantendo a possibilidade do exercício desse peculiar direito, inserto na Constituição Federal, apenas no terreno inseguro da previsão, posto que, afora em pouquíssimos Estados, o Poder Público não criou, ainda, os órgãos capazes de dinamizá-lo.

2.32. Anote-se, para reflexão, que os fundamentos jurídico-doutrinários, embasadores da construção legislativa tendente à solução do angustiante problema, ostentam a força consagradora da experiência de países de respeitável cultura jurídica, a exemplo da Argentina.

2.33. Em verdade, no país vizinho, é pacífico o entendimento de que "el sistema de defensores eficazes es la respuesta del Estado a su obligación constitucional de brindar obogados al pobre cuando su propriedad o seguridad están em riesgo juridico, particularmente con el fin de ofrecer a los litigantes una oportunidad razonable de ser oídos y de ofrecer pruebas." (32).

2.34. Sobreleva consignar, em nível de comparação, que, na estrutura administrativa desse país Platino, a Assistência Judiciária, em face da relevância com que é tratada, é colocada no âmbito do Ministério Público, pelo que "todos los defensores forman parte de un organismo del gobierno nacional llamado el "ministério público", que también incluye la oficina del procurador general de la Nación, constituida a su vez por los fiscales federales" (33).

2.35. A indispensável instituição, que está tão intimamente ligada à distribuição de Justiça e à segurança social, carece, entrementes, de construção legislativa mais sólida e estável, edificada em nível mais elevado do que o alcançado pela legislação ordinária, sempre sujeita a modificações circunstanciais, e nem sempre afinadas com os seus superiores objetivos.

2.36. Fruto de conscientização jurídica e doutrinária recente, a Assistência Judiciária, erigida como órgão público, não pode deixar de re-

ceber tratamento programático, globalizante, que propicie a sua efetiva instrumentalização, em todas as Unidades Federativas, de maneira homogênea, sem embargo do atendimento das peculiaridades administrativas locais, sem discrepância, contudo, quanto às prerrogativas dos seus agentes e da sua estrutura organizacional básica.

2.37. A angustiante realidade que discrimina, perante a lei, os juridicamente necessitados, não será arredada, apenas, com a garantia do direito à assistência judiciária, assegurado no parágrafo 32, do artigo 153, da Constituição Federal.

2.38. Por tal razão, urge que o Estado, através da criação de órgãos públicos específicos, concretize esse direito, tornando-o, através da atuação funcional dos seus agentes, acessível à população desvalida, tão necessitada de Justiça quanto os afortunados.

2.39. Mas não podemos perder de vista que, para tanto, o órgão da Assistência Judiciária e, consequentemente, os seus membros, deverão ser destinatários de tratamento especial que lhes garanta completa independência no exercício do "munus" e de sólidas prerrogativas, adequadas à tipicidade da função, que, em conjunto, afastem as mais remotas possibilidades de influências, de quaisquer origens, que possam prejudicar a efetiva postulação ou defesa dos direitos dos necessitados, até mesmo quando o litígio fôr instaurado contra entidade de Direito Público.

2.40. A colocação da Assistência Judiciária, em nível constitucional, reponta, dentro dessa realidade técnica e fática, como a solução colimada para o problema e seus múltiplos desdobramentos.

2.41. Aliás, a falta de normas constitucionais que dêem os instrumentos necessários à realização do direito à assistência judiciária, foi diagnosticada, por Harrison C. Dunning, eminente professor de Direito da Universidade da Califórnia, como um dos componentes responsáveis pela precaríssima situação do atendimento dos carentes de recursos, de um modo geral, no continente africano, ao estampar, nas conclusões das pesquisas que desenvolveu, "in litteris":

> "Além disso, normas constitucionais que poderiam servir como base legal para formar uma solução, não foram desenvolvidas" (34).

2.42. Importa consignar, todavia, que, destacando-se dos demais países africanos, Zâmbia detém moderno sistema de organismo público de prestação de assistência judiciária, fulcrado em avançados e rígidos princípios.

2.43. Com efeito, nesse país em desenvolvimento, a Assistência Judiciária (Department of Legal Aid), tanto quanto o Ministério Público, está ligada ao Ministério de Assuntos Legais, sendo chefiada por um Diretor Geral (Director of Legal Aid) que, nos termos da legislação própria (The Legal Aid Act (C. 546), está imune de qualquer pressão externa e defeso de subordinação a qualquer outra pessoa ou autoridade, "in expressis":

> "Ressalvados os casos previstos nesta lei, sempre que no exercício dos poderes que por ela lhe são conferidos, o Diretor (da Assistência Judiciária) não será submetido à ordem ou controle de qualquer outra pessoa ou autoridade" (35).

2.44. No Brasil, o atual Estado do Rio de Janeiro, celeiro da implementação dos mais modernos sistemas administrativos, consectários da fusão, assimilou as funestas consequências decorrentes de uma estrutura inadequada de atendimento aos reclamos dos juridicamente necessitados, pelo que se apressou a sua Assembléia Constituinte, com o apoio de todas as autoridades governamentais, em criar o instrumento orgânico, básico, indispensável à dinamização do direito à assistência judiciária.

2.45. Destarte, atendendo a imperativos de ordem técnico-jurídica e de organização, a Constituinte da nova Unidade Federativa fez colocar, na Carta Política do novo Estado do Rio de Janeiro, em sua Seção VII, artigos 82 "usque" 85, a Assistência Judiciária como *"órgão do Estado incumbido da postulação e da defesa, em todas as instâncias, dos direitos dos juridicamente necessitados, nos termos da lei."*

2.46. Registre-se que, dessa forma, o Estado do Rio de Janeiro, pioneiramente, desbravou área institucional da maior relevância para o Poder Público, para a distribuição mais consentânea da Justiça e para a segurança e tranquilidade social, aparelhando-se, de forma eficiente, para oferecer à massa desprovida de recursos os instrumentos indispensáveis ao exercício do direito assegurado pela Constituição.

2.47. Em verdade, de que vale ter direito se inexistem meios instrumentais para exercitá-lo? Ao Estado cabe, sem dúvida criar o direito e garantí-lo, em função do contexto cultural e da vida de relação. Mas isso só não basta. É indispensável que, ao mesmo tempo, ofereça os meios para o seu exercício, sem o que se tornará corpo sem vida.

2.48. Assim tem sido, afastadas as exceções, o comportamento com relação ao direito à assistência judiciária.

2.49 Por isso é necessário, sem mais demora, arregimentar os meios de convencimento, fundados na técnica e na experiência, de molde a sensibilizar, na esteira da veemente oração de Nabuco e em consonância com o *disposto no inciso VI, da Carta do Ministério Público Brasileiro*, nascida em Aracaju, enfatizada em São Paulo, as autoridades federais e estaduais para que enfrentem o angustiante problema, normatizando, definitivamente, a sua solução, em *nível constitucional*, mediante a criação de órgãos públicos específicos destinados à dinamização, repita-se, do direito à assistência judiciária.

2.50. Concernente ao expendido, vale trazer a exame a judiciosa e eloquente justificativa da Emenda, de autoria do Constituinte Alberto Torres, que resultou na modelar colocação da Assistência Judiciária na *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*, como órgão do Estado, "in litteris":

> "A emenda diz respeito ao posicionamento da Assistência Judiciária, como órgão do Estado, na ordenação constitucional, com tratamento similar e colocação paralela à atribuída ao Ministério Público.
>
> Enfatize-se que desde a Constituição Federal de 1934, como resultado de um movimento nacional de fundo e forma, incrementado, alhures, entre outros grandes vultos, inclusive pelo inolvidável estadista Nabuco de Araujo, a assistência judiciária aos deserdados da fortuna vem recebendo cuidados constitucionais em face de sua natureza, fincada, essencialmente, no consagrado princípio da "igualdade de oportunidade de todos perante a lei" (Constituição Federal de 16-7-34 — Título III, cap. II, art. 113, nº 32; Const. Federal de 18-9-46, art. 141, § 35; Const. Federal de 1967 e Emenda Constitucional de 17-10-69, art. 153, § 32).
>
> É indispensável, todavia, que o Estado aprimore os instrumentos necessários à plena execução dos direitos e garantias individuais, dentre os quais emergem os de postular a prestação jurisdicional, sempre que indispensável ao restabelecimento do equilíbrio social, independentemente da condição de fortuna do cidadão.
>
> Assevere-se, de outro lado, que a realidade nacional, nesse particular, aconselha que os Estados cumpram esta específica função protetora, incluída no âmbito de suas finalidades políticas, e crie órgãos públicos destinados ao exercício desta função estatal, sob pena de injustificável e intolerável violação de direitos e princípios consagrados.

Alerte-se, porém, que a função protetora, devida pelo Estado aos juridicamente necessitados, reclama seja prestada por órgãos cujo posicionamento administrativo assegure aos seus agentes completa e definitiva independência, com prerrogativas tais que garantam o exercício pleno do "munus", apartado de influências outras, ainda que os interesses em litígio sejam os do próprio Estado.

E nem poderia ser de outro modo, posto que o princípio de igualdade há de valer perante o próprio Estado, sob pena de abater-se sobre a defesa e a postulação dos direitos individuais, oponíveis contra o próprio Poder Público, intolerável "capitis deminutio".

Daí porque a colocação da Assistência Judiciária, exercitada pelos Defensores Públicos, no âmbito da Procuradoria Geral da Justiça, não foi estranha à organização administrativa dos extintos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, tendo-se em vista o paralelismo funcional que guarda com o Ministério Público.

Justifica-se, destarte, que a Assistência Judiciária erigida como órgão do Estado, destinado a postular e defender os direitos dos juridicamente necessitados, alcance as seguranças constitucionais e se cristalize, segundo o modelo orgânico e disciplinas conferido ao Ministério Público, único tratamento capaz de lhe garantir a necessária independência funcional" (36).

2.51. A intocável justificação iluminou o caminho doutrinário que vem sendo trilhado, mostrando, a tantos quantos se interessam pelo problema, a solução mais adequada para que o Estado coloque a Justiça ao alcance, também, dos desprovidos de recursos.

2.52. O momento, por outro lado, se apresenta oportuno, no instante em que se cuida, nos diversos escalões do Governo Federal, da modernização do aparelho judiciário do país e dos órgãos que, direta ou indiretamente, integram a sua complexa engrenagem.

3. CONCLUSÕES:

3.1. Do expendido resultam as seguintes conclusões:

3.1.1. QUE, é grave, no país, a situação do enorme contingente daqueles que, por falta de recursos, se encontrem privados de utilizar o Judiciário para a postulação ou defesa dos seus direitos;

3.1.2. QUE, por seus desdobramentos no campo psico-social, as soluções do inquietante problema interessa tanto ao indivíduo, a sua família, à administração e prestação da Justiça, quanto à tranquilidade e segurança social;

3.1.3. QUE, além da previsão da assistência judiciária na Constituição Federal, consagrando-a como direito, no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, o Estado necessita de criar órgãos públicos específicos, de atuação, através dos quais os juridicamente necessitados possam postular a prestação jurisdicional, sob pena de intolerável discriminação e desrespeitos ao princípio paradígma da "igualdade de oportunidade de todos perante a lei";

3.1.4. QUE, dos objetivos a serem alcançados, é imprescindível que tais órgãos sejam estruturados de forma a conferir aos seus agentes absoluta independência no exercício do "munus", pelo que deverão ser destinatários de prerrogativas compatíveis com a relevância de suas atribuições;

3.1.5. QUE, o Governo Federal, da mesma forma que erigiu regras programáticas, básicas, de estruturação de outros órgãos de atuação, cristalizando-as na Carta Federal, necessita estabelecer, no mesmo nível, as regras basilares de organização e estrutura do órgão da assistência judiciária, que servirão de modelo para as demais Unidades da Federação, respeitadas as peculiaridades de cada qual.

4. RECOMENDAÇÕES:

4.1. QUE, o V Congresso Nacional do Ministério Público, em sendo aprovado o trabalho vertente, encaminhe aos Governos Federal e Estaduais as *conclusões* acima estampadas, com as seguintes *recomendações:*

4.1.1. AO GOVERNO FEDERAL:

4.1.1.1. Criar, em *nível constitucional,* órgão público próprio para o atendimento dos juridicamente necessitados, com a denominação de ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, estabelecendo a sua estrutura programática básica, de molde a servir de paradigma para a criação, pelos Estados, de órgãos específicos, ressalvada a independência administrativa de cada um, no que tange às peculiaridades locais, garantindo, aos seus membros, tratamento compatível com a relevância de suas funções, de molde a que possam exercitar o "munus" com a independência e a segurança indispensáveis.

4.1.2. AOS GOVERNOS ESTADUAIS:

4.1.2.1. Acelerar, independentemente da resposta federal para o problema, a criação da ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, como órgão públi

co, no âmbito de suas administrações, atendidas as peculiaridades locais, com o asseguramento das prerrogativas e atribuições reclamadas para o pleno e independente exercício do "munus".

BIBLIOGRAFIA

1. PAULINO JACQUES — Da Igualdade Perante a Lei (Fundamento, e Conteúdo) — págs. 47 (tradução), 48 "et" 63 — 2a. ed. — Forense.
2. JAYME DE ALTAVILA — Origem dos Direitos dos Povos — pág. 43 — 2a. ed. — Melhoramentos.
3. MARIO GUIMARAES DE SOUZA — O Advogado — pág. 311 — 1935.
4. ENCYCLOPAEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES — vol. 9 — Legal Aid — pág. 319 — 1935.
5. O DIREITO — vol. 72 — pág. 460 — 1897.
6. O DIREITO — ob. cit. — idem.
7. JOSÉ CANDIDO DE ALBUQUERQUE MELLO MATTOS — Assistência Judiciária (Decreto nº 2.457, de 8 de fevereiro de 1897) — Prefácio — págs. I a IV — 1897 — Tipografia do Jornal do Commercio.
8. ENCYCLOPAEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES — vol. 9 — Legal Aid — pág. 319 — 1935.
9. ENCYCLOPAEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES — ob. cit. — idem.
10. JOSÉ SODER — Direito dos Homens — pág. 87 — Editora Nacional — 1960.
11. JOSÉ CANDIDO DE ALBUQUERQUE MELLO MATTOS — ob. cit. — idem.
12. O DIREITO — ob. cit. págs. 463 "usque" 465.
13. A. LUCIO VIDAL — A Assistência Judiciária nos Tribunais Ordinários — Biblioteca Jurídica Atlântida — Coimbra — Portugal — 1971.
14. EDUARDO SPINOLA — Pandectas Brasileiras — vol. IV — 1º semestre — pág. 38 — Braggio & Reis — 1928.
15. PONTES DE MIRANDA — Comentários ao Código de Processo Civil — Tomo I — pág. 437 — 2a. ed. — Forense — 1958.
16. LEGAL AID AND WORLD POVERTY — A Survey of Asia, Africa and Latin America — Praeger Publishers, Inc. — U.S.A. — 1974.

17. MARIO GUIMARÃES DE SOUZA — ob. cit. pág. 313 — 1935

18. JOAQUIM INÁCIO RAMALHO — Praxe Brasileira — págs. 76 "et" 77 — 1869.

19. ALFREDO BALTAZAR DA SILVEIRA — Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (Memória Histórica de sua Fundação e da sua Vida) — págs. 54 "usque" 56 — 1944.

20. JOAQUIM NABUCO — Um Estadista do Império — Tomo III — págs. 463 "et" 464 — H. Garnier.

21. DECRETOS DO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL — 1º fasc. — pág. 3.679 — de 1º a 31 de janeiro de 1891 — Imprensa Nacional.

22. COLEÇÃO DAS LEIS DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL — Partes I "et" II — págs. 84 "et" 85 — 1897 — Imprensa Nacional — 1898.

23. PETER MESSITE — A Assistência Judiciária no Brasil — Uma Pequena História — Rev. dos Tribunais — vol. 392 — págs. 402 "et" 403.

24. CIRCE MARCONDES GOMES PEREIRA — A Gratuidade do Exercício Profissional à Justiça Constitui Locupletação Ilícita por parte do Estado — pág. 9 — 1970.

25. ARAUJO CASTRO — A Nova Constituição Brasileira — págs. 369 "et" 370 — Freitas Bastos — 1935.

26. JOÃO BONUMÁ — Direito Processual Civil — 1º vol. — págs. 497 "et" 498 — Saraiva — 1946.

27. CLÓVIS PAULO DA ROCHA — Perspectivas do Ministério Público — Rev. de Direito — GB — vol. 156 — pág. 75.

28. PETER MESSITE — ob. cit. — pág. 404.

29. ARMIDA BERGAMINI MIOTTO — A Defensoria Pública no Brasil — págs. 18 "usque" 22.

30. PONTES DE MIRANDA — Ob. cit. — pág. 460.

31. PONTES DE MIRANDA — Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1, de 1969 — vol. IV, pág. 641 — 2a. ed. — Rev. dos Tribunais.

32. ROBERT Y. STEBBINGS — Pueblo Y Justicia — Ayuda Juridica Gratuita en la Argentina — Ediciones Depalma — 1975.

33. ROBERT Y. STEBBINGS — og. cit. — idem.

34. HARRISON C. DUNNING — Legal Systems and Legal Services in Africa — "in" Legal Aid and World Poverty — A Survey of Asia, Africa and Latin America — pág. 48 — Praeger Publishers Inc. U.S.A. — 1974. (Tradução).

35. GEOFFREY DE MORNAY DAVIES — Legal Services to the Poor in Zambia — "in" Legal Aid and World Poverty — A Survey of Asia, Africa and Latin America — pág. 62 — Praeger Publishers Inc. U.S.A. — 1974. (Tradução).

36. DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE (RJ) — pág. 452 — 18 de abril de 1975.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

COMISSÃO TÉCNICA DE
ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Ministério Público do Estado de São Paulo

M e m b r o s

Presidente: *Ruy Junqueira de Freitas Camargo*

Relatores: *Dante Busana* e
Paulo de Tarso Barbosa

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A EXTENSÃO DA SUA ATUAÇÃO FISCALIZADORA NO PROCESSO CIVIL

Vanâncio Ayres de Mesquita Filho
Promotor Público — RS — Segundo Curador
do Cível — Comarca de Porto Alegre

Inseridos na mesma filosofia de nosso anterior trabalho (PODER LIMITATIVO: MINISTÉRIO PÚBLICO, O QUARTO PODER POLÍTICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO, III Congresso Nacional do Ministério Público, Porto Alegre-RS, 1974), matéria sobre a qual esperamos oportunamente tornar, retomamos, aqui, o tratamento da valorização das funções que competem ao Ministério Público, dando, agora, prevalência a um enfoque pragmático, antes que ideológico-institucional.

Em razão das alterações introduzidas com a vigência do atual Código de Processo Civil brasileiro, em muito cresceu a abrangência da atuação do Ministério Público na área cível-processual. Hoje temos a obrigatória intervenção da Instituição alcançando também todos os procedimentos em que se evidencie o interesse público: restam fora da fiscalização do Ministério Público, ainda, todos os demais processos entre particulares, que não caibam nos incisos I e II do art. 82 CPC.

Mas, se entendermos (contrariamente a PONTES DE MIRANDA) em consonância com o Decreto nº 9.263 de 28 de dezembro de 1911, do então Distrito Federal, que no seu art. 158 dispõe que "o Ministério Público, perante as autoridades constituídas, é "o Advogado da Lei e Fiscal de sua execução", concluiremos não lhe dever ser sonegado o conhecimento de nenhum procedimento judicial, porque sempre evidenciado o "interesse público", representado pela ne-

cessidade de vigilância do cumprimento fiel da "mens legis" ou "voluntas legis" na exata conformidade da sua destinação social, sem desvios ou abusos.

Daí, a razão de inserção no Código de Processo Civil italiano, vigente em 1905, — art. 346, parte final —, do dispositivo:

> "O Ministério Público será ouvido em todas as causas "sempre que entender necessário".

Por isso, talvez, CELSO AGRÍCOLA BARBI, nos Comentários ao CPC, Forense, 1975, examinando o art. 82, III, diz:

> "Para tornar aplicável a norma do inciso, parece que a solução será considerar essa disposição como simples faculdade do Ministério Público de participar de causas em que, a seu juízo, haja interesse público".
>
> "Mas, como a última palavra na interpretação das leis cabe aos juízes, poderão estes deixar de admitir a atuação do Ministério Público, pleiteada com base no item III, quando se convencerem de que não há o interesse público no caso concreto".

Torna-se clara, pois, a necessidade de se dispor na Lei, de forma categórica, a exata dimensão da extensão da atuação fiscalizadora do Ministério Público no processo civil, sem as limitações de idiossincrasias interpretativas.

CAMPOS SALES, então Ministro da Justiça, manifestou o primeiro reconhecimento da importância da Instituição, na Exposição de Motivos que precedeu o Decreto nº 848 de 11/outubro/1890:

> "O Ministério Público, Instituição necessária em toda organização democrática, e imposta pelas boas normas da justiça..."

SEABRA FAGUNDES, na sua conferência sobre "O Ministério Público e a Preservação da Ordem Jurídica" (Rev. do Ministério Público Fluminense, 2, vol. 1, pág. 34), afirma corresponderem-lhe as funções de:

> "vigilante e ativo guardião da ordem jurídica, no que tenha esta de mais significativo".

PONTES DE MIRANDA, nos seus Comentários à Constituição de 1967 (Ed. Rev. dos Trib., 1970, arts. 94/96), sobre o Ministério Público diz:

> "O de que ele se incumbe é de velar pela observância das leis, decretos, regulamentos, resoluções e instruções... É o órgão, ou conjunto de órgãos,

pelo qual se exerce o interesse público em que a justiça funcione. ... Órgão, por si, do interesse público de que as leis e mais regras jurídicas se cumpram".

JOÃO MONTEIRO (Programa do Curso de Processo Civil), aliás, já apontara estar o Ministério Público:

> "incumbido de vigiar pela observância das leis, promovendo, quando necessário, a respectiva execução (§ 51)."

JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALKMIM, Ministro do STF, em discurso proferido ao encerramento do II Congresso Nacional do Ministério Público, Guaraparí-ES, 1973, posicionou:

> "O Ministério Público deve ser encarado, na linha de seu progressivo desenvolvimento, como Instituição autônoma, independente, encarregada de velar pela Ordem Jurídica do País, no que se refere àqueles princípios que ao Estado cumpre preservar. ... Progressivamente, portanto, a vossa Instituição assume o posto de órgão do Estado, a quem se deve atribuir, com as garantias necessárias ao desempenho funcional, a missão relevante de defesa da própria Ordem Jurídica".

ABELARDO JUREMA, Ministro da Justiça e Negócios Interiores do Brasil, na Exposição de Motivos ao projeto de Decreto nº 53342 de 24/dezembro/1963, aludiu:

> "O Ministério Público é a representação da Sociedade na comunicação dialética com o Poder Judiciário".

TORNAGHI (Inst., III, 134), sobre o Ministério Público, afirma que ele:

> "precisamente, promove a aplicação da lei".

GABRIEL SARMIENTO NUÑEZ, Fiscal General Sustituto da República de Venezuela, em seu Discurso ao encerramento do IV Congresso Interamericano do Ministério Público (Brasília 1972), apontou:

> "Todos sabemos el extraordinario papel que en las Sociedades modernas está llamado a desempeñar este Ministério. La guarda y vigencia del estado de derecho..." ... "Bajo el más puro y auténtico principio de la legalidad, y sin más arma que la noble y pura representada en la norma jurídica, el Ministério Público se ha convertido en el más seguro y eficaz defensor de las Sociedades actuales. La se-

guridad de las personas, de su honor y de sus bienes; la vida pacifica dentro del Estado y hasta la estabilidad misma de las instituciones, encuentran en el Ministerio Publico un fiel y permanente guardián".

JORGE AMERICANO (Comentários ao CPC, Saraiva, 1940, art. 80) também já reconhecera:

> "De todo o exposto se verifica que o Ministério Público, ou e parte na causa, quando defende o interesse da Sociedade, a aplicação da lei, os princípios de ordem pública, ou é representante, quando defende os interesses do Estado, dos menores, dos interditos, nas causas em que é admitida a sua iniciativa"... "A Sociedade exige ser ouvida, falando pelo órgão do Ministério Público".

É, pois, evidente a importância da atividade fiscalizadora do Ministério Público, na vigilância da Ordem Jurídica e do interesse público de que seja ela respeitada, promovendo, precisamente, "a aplicação da lei", no dizer de TORNAGUI. Tal atuação fiscalizadora, especialmente no processo cível, vem, entre nós brasileiros, tornando-se maior. Cumpre, porém, ainda, dimensionar-se com exatidão sua extensão, como se disse, sem as limitações de idiossincrasias interpretativas, mas de forma cabal na própria Lei, reconhecendo-se a amplitude dessa atuação fiscalizadora, no processo cível, na abrangência a todos os procedimentos judiciais, indiscriminadamente, satisfazendo-se, assim, o interesse público, repetimos, representado pela necessidade de vigilância do cumprimento fiel da "mens legis" ou "voluntas legis" na exata conformidade de sua destinação social, sem desvios ou abusos.

ALFREDO DE ARAUJO LOPES DA COSTA (Direito Processual Civil Brasileiro, Konfino, 1947, pág. 139) diz:

> "Na primeira daquelas funções a princípio enumeradas, (o Ministério Público como órgão da lei, como representante da lei), "o Ministério Público age imparcialmente, para declarar como entende a vontade da lei, em processo já pendente, por outrem iniciado. Não defende interesse do autor ou do réu, mas o interesse público na exata aplicação da norma legal, favoreça a quem favorecer".

CAVALEIRO DE FERREIRA, no seu Curso de Processo Penal (I, 83, Portugal), fixou uma conotação que transcende do estrito campo processual-criminal e se irradia luminosamente para toda a atividade do Ministério Público:

"O Direito é, para o Ministério Público, não um limi-"te da sua actividade, como acontece na actividade administrativa, mas o próprio fim da sua actividade".

JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALKMIM, no Discurso já referido, deixou assente:

"A evolução do Ministério Público, nestes séculos de sua existência, afasta-o do ponto inicial — defesa dos interesses do soberano — para o de Instituição votada à defesa da Ordem Jurídica, inclusive contra os desvios e abusos da autoridade". ... "As mais complexas exigências dos dias presentes, corresponde, necessariamente, uma Ordem Jurídica mais complexa. Ao Ministério Público se deve atribuir o encargo da defesa dos valores mais relevantes que ela encerra, contra os que a eles se oponham, ainda que exerçam parcelas do poder. Cabe-lhe, portanto, velar pela Ordem Jurídica, no que diz com os mais altos interesses do Estado, de dimensões, agora, muito amplas. E isto lhe acarreta, necessariamente, a extensão das funções e das responsabilidades".

De inteiro cabimento repetirmos o que anteriormente afirmávamos (Poder Limitativo: Ministério Público, o Quarto Poder Político do Estado Democrático):

"Por isso entendemos que a expressão — Ministério Público, órgão da lei e fiscal de sua execução —, a despeito de combatida por expressão vazia, define e situa magnificamente a origem primeira e o comprometimento maior da Instituição do ponto de vista de sua prospecção e projeção filosóficas. É verdadeiramente a Lei o nascedouro do Ministério Público, a sua própria limitação maior. Considerada a Lei como encarnação da vontade social, é a necessidade do respeito à Lei, por todos, pelo cidadão e também pelos Poderes de Estado, que fez nascer o Ministério Público. Logo, órgão da Lei, o Ministério Público, é órgão da vontade social, e portanto órgão do Estado. Órgão, Poder autônomo e individuado, independente, e não representante de outro órgão ou Poder qualquer. E, concomitantemente, é na própria Lei que está o limite maior desse Poder Limitativo: o Ministério Público só vai até onde for

a Lei; aí, para. Seguramente, a Lei, como Direito que é, significa para o Ministério Público bem mais que o seu próprio limite apenas, "mas o próprio fim da sua atividade".

Do exposto, extraimos a conclusão de que "a função fiscalizadora do Ministério Público deve ser estendida ao conhecimento de todos os procedimentos cíveis submetidos ao Judiciário, indiscriminadamente", proposição que submetemos à apreciação do Congresso sob a inspiração primordial de fomentar a discussão, e, o diálogo dialético, sobre o tema.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O INTERESSE PÚBLICO COMO DETERMINANTE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO

Nilton José Machado
Promotor Público — Santa Catarina

INTRODUÇÃO

Para análise do tema que nos propusemos apresentar à alta consideração deste Congresso, mister se faz algumas considerações preliminares para o bom entendimento da linha de pensamento aqui desenvolvido.

Partindo da concepção universalmente assente de que NAÇÃO é a sociedade já sedimentada pelo longo culto de tradições, costumes, língua, idéias, vocações, vinculada a determinado espaço de terra e unida pela solidariedade criada pelas lutas e vicissitudes comuns, que se traduz na vontade de continuar vivendo em conjunto e de projetar-se no futuro, preservando os valores alcançados e buscando a realização dos objetivos colimados, procuramos o conceito de ESTADO.

Traduzido este pela entidade política instituída em uma NAÇÃO, sobre a qual exerce o controle jurisdicional, e cujos recursos ordena, para promover a conquista e a manutenção dos objetivos nacionais, expressos no BEM COMUM ou, na linguagem da lei processual civil, no "interesse público", nos propusemos desenvolver a idéia de que o Ministério Público não deriva da formação política e sim dos valores fundamentais da NAÇÃO (povo, território e instituições ou soberania), na concepção moderna da sua necessidade na realização do direito.

Como a formação política da NAÇÃO se origina de um poder que lhe antecede, o PODER ESTATAL, nascente do povo, deste origi-

na-se o poder constituinte, em cujo bojo já vem calcado o sentimento de defesa da sociedade em organização, exercida por um órgão impessoal, uno, o Ministério Público.

No nosso entendimento, o Ministério Público antecede à instituição jurídica da NAÇÃO, o ESTADO, tido este como "a nação politicamente organizada", segundo Hauriou.

Feito tal escorço, partimos para uma sucinta análise da sua colocação Constitucional e das dificuldades de defini-lo dentro da estrutura orgânica do ESTADO, face sua origem filosófica, bem acentuada em trabalho do eminente Promotor de Justiça FLÁVIO QUEIROZ DE MORAIS JÚNIOR "Da Estrutura Filosófica do Ministério Público", em que assinala não se inserir ele no jurídico, mas constituir elemento vital do próprio ESTADO.

Da observação dos preceitos constitucionais referentes à colocação do Ministério Público, deflui a constatação de que até hoje não foram acertadas as opiniões a respeito da sua posição nas diversas cartas políticas do Brasil.

Entrando particularmente no objeto do nosso trabalho, procuramos dar uma precisa definição do que venha a constituir o "interesse público" a ser defendível pelo Ministério Público, com apoio na ação finalística do Estado Moderno em que vivemos, o Estado do Bem Estar Social.

Devemo-nos apressar, aqui, em asseverar que, estando sua colocação, senão, em plano mais elevado quanto à gravidade da missão que desempenha, pelo menos em pé de igualdade com o Poder Judiciário (este atua no âmbito estreito da sua área de competência, quando provocado), não há como ter tolhida a possibilidade de apreciação da conveniência e oportunidade de ingressar na ação, mesmo que esta encerre interesses imediatamente particulares. Tal ação desenvolve-se para assegurar a satisfação do BEM COMUM e a preservação dos valores sociais estabelecidos na órbita jurídica pelo ordenamento constitucional.

Tal observação decorre do estudo do que seja "interesse público" e da constatação de que não deriva da criação material do ESTADO, mas antecede a tal fenômeno.

Pela sinonímia que apresenta e identidade de fins, o "interesse público", o "bem estar social" ou o "bem comum", simplesmente, temos que nessa síntese se inserem padrões de paz e dignidade sociais a serem preservados pela atuação do Ministério Público.

Sob o aspecto objetivo da sua atuação, o Ministério Público não pode ter seu campo de atuação restringido por qualquer outro Poder.

Isto posto, não há como deixar ao juiz a escolha do que entender socialmente relevante a merecer a proteção do ESTADO pelo Mi-

nistério Público que, no dizer de NELSON GODOY BASSIL DOWER, "tem a principal função de representar a sociedade".

Para permitir a largueza de atuação que a gravidade da sua missão impõe, deve ter vistas de todos os feitos para que, numa operação intelectiva, julgue sobre a conveniência e oportunidade de atuação efetiva, salvo nos casos em que a lei impõe ao juiz e às partes, o encargo de provocar a fiscalização da atividade das pessoas antes mencionadas, sob pena de nulidade insanável do feito.

Esta a conotação que tivemos em mira em prestar ao nosso estudo que, vislumbrando o Ministério Público altivo, sobranceiro, nascendo com a NAÇÃO e inserindo-se no ESTADO por antecipação, nele encontra posição igual aos demais Poderes instituídos e com a marca de defensor dos princípios norteadores do "BEM COMUM".

A SOCIEDADE POLÍTICA

Como ser social, o homem liga-se visceralmente ao meio em que vive. Pertence à comunidade universal, mas ao mesmo tempo, ajusta-se melhor ao espaço de terra em que nasceu e aos semelhantes com os quais convive.

A sociabilidade desperta nele hábitos e aspirações comuns, fortalecendo-lhe idéias e convicções generalizadas, entre as quais a de que devem ser preservados os valores porventura já conseguidos. Sob a ação dessas tendências, surge e cresce progressivamente um sentimento de solidariedade e de defesa contra os perigos comuns, assim como o objetivo de aprimorar a vida de comunidade a qual está ligada por tradições de origem étnica, cultural, religiosa, familiar, de educação e de condições de trabalho.

Sob esse complexo de instintos, tendências e sentimentos, formam-se vínculos de toda a espécie, que prendem os indivíduos a essa comunidade e a todos os seus demais componentes. A comunidade assim nascida, constitui uma NAÇÃO.

A NAÇÃO, pois, é um complexo e realidade de ordem sociológica, um estágio decorrente da evolução da sociedade humana, dentro de um processo histórico-cultural nele ocorrente.

Não tem maior importância a discussão sobre o critério básico pelo qual se teria formado a nossa NAÇÃO, para o desenvolvimento da matéria em estudo. Entretanto, pode-se afirmar com real convicção, de que não variou na fenomenologia antes apontada, porquanto decorreu de processo natural comum a todas elas.

ERNEST RENAN, por exemplo, introduziu no conceito de NAÇÃO, um elemento espiritual, e, na sua elegante pena, assim definiu-a:

"Uma nação é uma alma, um princípio espiritual" e na sua compreensão estão as lembranças, as glórias, a língua, o passado e as aspirações comuns, liames espirituais que dão unidade e propósito a um grande grupo humano". DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO — Curso de Direito Administrativo, Forense — 1974, pág. 2.

HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS, in Manual de Direito Administrativo, pág. 16, citando MANCINI, diz que a Nação é "uma sociedade natural de homens, na qual a unidade de território, de origem, de costumes, de homens e comunhão de vida criaram a consciência social".

Para HAURIOU, o Estado é a NAÇÃO politicamente organizada.

Em tal conceito, sobreleva a idéia de Nação, grupo social com características comuns, liames étnicos, religiosos, culturais e vontade comum calcados no passado histórico em que se alicerça. Para outros tratadistas da matéria, o conceito de ESTADO se assenta no território, base física, espaço geográfico no qual está estabelecido o grupamento humano.

A partir do instante em que a NAÇÃO, por exigência de ordem e de progresso, se organiza através de normas disciplinadoras da vida coletiva e institucionaliza seus objetivos, surge o ESTADO, sociedade política.

A NAÇÃO antecede e transcende o ESTADO, porque se compõe de elementos étnicos, históricos e culturais que se transformam a longo prazo no curso da evolução da sociedade humana.

O ESTADO é, assim, um imperativo de sobrevivência, entendimento que servia de fundamento ao contrato social de ROUSSEAU. Tanto assim que, em certa passagem de sua obra, esclarece: "Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos prejudiciais a sua conservação no estado natural, arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser". O CONTRATO SOCIAL-Cultrix, pág. 30.

O móvel dos estudos de ROUSSEAU, ADAM F. FERGUSON e de CONDORCET, baseado por exemplo, no estudo da antropologia cultural, era a concepção de uma civilização mais perfeita através do instrumento da ação política, localizada esta no Governo e no ESTADO.

Informa-nos LAURENCE KRADER no seu livro A FORMAÇÃO DO ESTADO, que já no século XIX os antropólogos passaram a sustentar que a sociedade e o ESTADO encontravam-se juntos em toda parte, não havendo sociedade humana sem ESTADO.

ESTADO, nominação dada pela primeira vez por MAQUIAVEL em "O PRÍNCIPE", é a forma de associação mais perfeita que conhecemos hoje, posto que poderemos encontrar sociedade sem ESTADO, cemos hoje, posto que poderemos encontrar sociedade sem ESTADO, Laurence Krader.

Assim considerado, o ESTADO trata-se, por conseguinte, de um ser jurídico nascido da transformação dos elementos constitutivos da NAÇÃO (povo, território) e de tradições históricas que influenciam e modelam sua existência orgânica, por obra do Poder Constituinte, acrescentando-lhe um quarto elemento constitutivo, o GOVERNO, em cujos contornos desenvolve-se, assim, a ordem jurídica.

A ORDEM JURÍDICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Não há novidade em dizer-se que, com fundamento no Poder Estatal (formação do ser), o Direito Constitucional trata da organização jurídico-estrutural do ESTADO, fixando os lineamentos básicos dentro dos quais se promovera a ORDEM JURÍDICA e, por via de conseqüência, o BEM ESTAR SOCIAL ou o INTERESSE PÚBLICO da sociedade assim organizada.

O Direito Constitucional, segundo PONTES DE MIRANDA, fixa o quadro previsível da vida do Estado, o seu programa formal, o roteiro mais ou menos variável, mais ou menos preciso". Comentários à Constituição de 1967, vol. I pág. 173.

Politicamente organizado o ESTADO, no seu âmbito desenvolver-se-á a realização do Direito em obediência aos ditames de ordem e de paz sociais, mesmo porque o Direito Constitucional, ou melhor dizendo, a Constituição, não cria normas de conduta da sociedade organizada; encampa os costumes existentes, recolhe os sentimentos da NAÇÃO, sua origem, sua história.

Salutar esclarecer-se, nesse ponto, que à criação do ESTADO antecede-lhe a NAÇÃO, mas entre esta e o ESTADO, encontramos força impulsiva criadora da ordem jurídica. A essa força supra-estatal, damos o nome de PODER ESTATAL, fonte na qual se abastece o PODER CONSTITUINTE que é ilimitado. Pontes, ob. cit., págs. 178 e seg.

A esta altura já nos é permitido, com FLÁVIO QUEIROZ DE MORAIS JÚNIOR, indagar se o Ministério Público atende a uma necessidade vital do ESTADO na sua formação é decorrente do Poder supra-estatal, o PODER ESTATAL, ou simplesmente constitui um elemento essencial para a existência do Estado, formando seu corpo orgânico por obra da Constituição.

É o mesmo autor quem responde:

"Assim sendo, podemos desde logo esclarecer que vemos o Ministério Público como uma estrutura jurídica que se insere no princípio vital do Estado e não como poderia parecer a princípio, no campo restrito da vida jurídica". ESTRUTURA FILOSÓFICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, publicado na Revista Catarinense do Ministério Público de Santa Catarina, vol. 4 — págs. 8/9.

Em linguagem mais simples podemos esclarecer que assim concebido, o Ministério Público está inserido na NAÇÃO e é anterior ao ESTADO estruturado, decorrendo sua existência de uma necessidade social de defesa coletiva, ao lado dos Poderes. Descendo mais na análise dedutiva, verificamos que o ESTADO nasce mais ou menos naturalmente pelo somatório dos seus elementos constitutivos, em cujo contexto se insere a necessidade de um órgão representativo nato do grupamento (não se poderia ainda falar em Estado), que gira e defenda seus interesses na organização estrutural.

No ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL, por conseguinte, o Ministério Público transcende à organização formal. A formação jurídica não basta para justificar sua necessidade, mas o sentimento universal de defesa do todo.

POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O Poder Constituinte se materializa na elaboração da Carta Política da NAÇÃO. No exercício dessa missão, o Ministério Público muitas vezes não viu reconhecida a sua verdadeira colocação Constitucional, exatamente pela dificuldade de dimensionamento da origem filosófica de tal ser. Nos parece que essa perplexidade tem sido constatada claramente. Tanto isso tem revelado o estado aludido, que a Constituição de 1934, por exemplo, colocou-o no seu bojo como ÓRGÃO DE COOPERAÇÃO das atividades governamentais, na Secção I, do Capítulo V, que tratava da Coordenação dos Poderes, portanto, erigindo-o ÓRGÃO COORDENADOR.

Entendemos ser este o posicionamento que modelou sua existência através dos tempos, desde o antigo Egito e que, atravessando os séculos, tem a mesma feição de vigilante inflexível da sincronia entre órgãos e Poderes.

A Carta Política de 1937 já partiu de outra concepção, entregando-lhe o Capítulo correspondente ao Poder Judiciário, exemplo seguido pelo ordenamento estrutural de 1967. Na organização estatal de 1946, foi o Ministério Público alçado a super-órgão, ou quase-Poder, porisso que reservou-lhe, o Poder Constituinte, um Título singular e inconfundível como lhe é próprio, ou seja, o Título III.

Reformada a Carta de 1967, retornou o órgão encarregado de gerir o "interesse Público" ou o "bem comum" da sociedade, ao Capí-

tulo correspondente ao Poder Executivo, a ele unido por vínculo de organização, exclusivamente, assim como o Judiciário que dele recebe a nomeação de seus membros e a remuneração, bem como o instrumental físico de trabalho.

Justifica-se a dissioncrazia porque, mesmo inserido dentro do Estado em decorrência da organização peculiar, o Ministério Público pre-existe à sua sistematização jurídica na medida em que, na concepção de Rousseau, cada um entrega parcela da sua liberdade em favor do grupamento social.

Onde colocá-lo, porisso, será sempre o calcanhar de Aquiles, até que, definidas as origens de seu poder, do seu reclamo social, concretize-o como Poder Coordenador, Fiscalizador, ao lado dos demais.

E não estamos sós nas nossas assertivas, porquanto no Rio Grande do Sul, na abertura do IV Congresso Nacional do Ministério Público, ouvimos de eminente autoridade, a seguinte afirmação: "O Ministério Público está colocado numa posição proeminente, dada a natureza da sua função e do interesse que a determina. E é de certo modo, o coordenador do equilíbrio da autoridade dos três Poderes governamentais". Tribuna da Justiça de 26.11.75.

Se o Poder Estatal nasce do povo, por consequência dele exsurge o Poder Constituinte. Se a necessidade de fiscalização e defesa sociais nasce com o Poder Estatal e Constituinte, não há como negar que o Ministério Público não decorre da organização formal, mas sim, tem seu nascedouro natural na consciência nacional. É, porisso, extraconstitucional ou extraestatal. A vontade social é delegada ao ESTADO, em cuja outorga de poderes está o de dirigir-lhe e prover-lhe a tranqüilidade, como seu procurador sendo, ipso facto, órgão do Poder Estatal que da sociedade é imanente.

Porisso Jacques Maritain considerou o ESTADO como sendo o englobamento prático e ideal da quinta-essência humana, a ORDEM NACIONAL DA SOCIEDADE.

Se a necessidade de uma instituição supervisora dos Poderes do ESTADO (auditoria constante), origina-se anteriormente a determinado tipo orgânico eleito pela NAÇÃO, temos que não é decorrência pura e simples da ordem jurídica. Esta apenas lhe fornece o campo de atuação, delimitando-o.

Os poderes outorgados, como acima exposto, são sentimentos de ordem, tranqüilidade, progresso social e econômico, de conservação dos valores da NAÇÃO pelo culto à religião e dos antepassados, ditados antes do ordenamento social que é delimitado pelo ordenamento jurídico que lhe dá existência física. Assim, o consenso do povo que vive no mesmo território, ao constituir o ESTADO, há de concebê-lo com o Executivo (administração), Legislativo (legislação),

Judiciário (aplicação da legislação) e Ministério Público (fiscalização e coordenação, bem como defesa), constituindo-se, o Parquet, num comando desse mesmo povo que há de ser exercido por um órgão, ou Poder representante de seus anseios, desinteressado na direção tomada pelo Estado sob o aspecto político.

Essa representação constitui manifestação do sentimento do grupamento, de forma nata, original, espontânea. Não é, porisso mesmo, criação artificial.

Se o Poder Estatal nasce do povo e, por conseguinte, dele deflui o Poder Constituinte, e se a necessidade de fiscalização e de defesa dos mais altos interesses sociais decorre, ainda, da possibilidade de invasão das esferas de competência dos órgãos estatais criados, não há como contrariar que a exigência do Ministério Público não constitui pressuposto da organização jurídica que sucede à Nação e sim, como antes afirmara Flávio Queiroz, se insere na célula vital do ESTADO.

Porisso apressamo-nos a concluir que a colocação no ordenamento jurídico só encontraria perfeição quando o dissociasse da vinculação estrutural, como dissemos, a qualquer outro Poder, senão no aspecto organizacional. É isso que acontece na prática com relação ao Executivo.

Harmônicos entre si, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuam, cada um, num campo mais ou menos restrito da sua atividade. A defesa do "interesse público" dá-se mais ou menos segundo o interesse do próprio Poder e em atenção as suas específicas finalidades.

Um órgão ou Poder moderador, fiscalizador ou coordenador, atua em todos sem vincular-se a nenhum deles, por uma necessidade social sentida de mantença do equilíbrio entre os mesmos Poderes antes mencionados. Mas essa necessidade não tem sido sentida apenas pela comunidade nacional, mas também pelo Estado, ao organizar-se. Exemplo dessas múltiplas tarefas, verificamos quando a Constituição insere a possibilidade de representação por inconstitucionalidade de lei. Tal atuação, opera-se no campo do Poder Legislativo. Quanto à competência para representação por falta de cumprimento de decisões judiciais, o Ministério Público adentra no Poder Judiciário, avocando a força da sua posição para fazer prevalecer a soberania do julgado.

Tanto o Poder Constituinte alça-lhe robustez institucional, que a atual Constituição outorgou-lhe as garantias da inamovibilidade e vitaliciedade, mitigadas, justamente em atenção à relevância das suas funções e a independência com que deve exercer seu alto múnus (vide art. 95, § 1°, da Emenda Constitucional n° 1/69). Fundam-se essas garantias na possibilidade de atuação contra qualquer dos Poderes Estatais, nas pessoas de quem os representem, sempre em atenção

ao "interesse público", como ocorre na Ação Popular, latente que permanece, na condução dos destinos do ESTADO, a possibilidade de interferência de um Poder noutro, acontecendo quando os Tribunais adentram na apreciação da conveniência e oportunidade da realização dos atos administrativos.

Respalda-se, ademais, sua atuação, na segurança, pelo modo de frenagem das investidas de um Poder contra o outro, na realização de seus misteres, enquanto tais interferências se operarem no âmbito restrito da atuação própria de cada um-porque extravasados tais limites, comprometida estaria a segurança do próprio ESTADO. Verifica-se daí, com real clareza, que tal atuação é incompatível com qualquer resquício de subordinação, ficando, por conseguinte, infenso à atividade jurisdicional no que respeita, também, à fixação do entendimento do que viria a constituir "INTERESSE PÚBLICO", porque não se insere na composição do Poder Judiciário, constituindo-se no mínimo, ÓRGÃO DO ESTADO, condição já captada pela lei adjetiva penal, no Novo Código de Processo.

O ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL E A RELEVÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO

A partir da concepção individualista do Estado liberal do "laisser faire, laissez passer", a comunidade universal tem evoluído para a instituição do Estado do Bem Estar Social, cuja prevalência do interesse do grupo sobre o do indivíduo particularmente considerado é a tônica do Século XX.

A doutrina do Estado ativo, dinâmico e regulador dos preceitos de elevação do homem, tem suas bases plantadas nas Encíclicas, a partir de Leão XIII. Hoje, a propriedade, a economia e em especial, a participação no progresso, estão assentadas em novas concepções, sempre atendida a destinação do bem estar comunitário. Presente, aí, com real nitidez, o "INTERESSE PÚBLICO" como característica marcante do Estado Morderno.

No Brasil, tais reflexos só se operaram a partir da Constituição de 1934, segundo Paulino Jacques, em sua obra — Curso de Direito Constitucional, pág. 450.

Fundamentalmente calcada na de Weimar, a Constituição Brasileira de 1934 atendeu aos reclamos psico-sociais daquele momento histórico, preocupando-se com o "interesse público" ou com a ordem social, ao lado da ordem econômica, passos seguidos pelas cartas que lha sucederam.

Prevalece tal circunstância, o "bem estar social", encampadas estarão todas as demais questões do mundo externo que interessem ao Estado assim exigente, garantidor que passou a ser das liberdades públicas, do progresso sócio-cultural e econômico. Sincronizadas to-

das as atividades dos cidadãos que sempre deverão estar voltadas para o interesse geral da comunidade que o cerca, não resta outra alternativa aos órgãos criados pela vontade nacional e institucionalizados pela ordem jurídica, senão moverem-se de acordo com os ditames da sociedade.

Assim vistas, não há atividade cujo desempenho seja protegido pelo ESTADO, que não interesse à organização nacional. Daí chegar-se, sem menor esforço, à conclusão de que, no campo processual, todas as demandas, mesmo que se cinjam à discussão de interesses puramente individuais, trazem em si mesmas, embora remotamente em certos casos, "interesse público" na solução a ser encontrada, confundido que é tal interesse, com o bem estar geral.

Tanto isso é real que a proteção judicial é garantia constitucional assegurada.

Ao ESTADO interessa o resultado das causas. E muito mais: que a solução encontrada seja a mais consentânea com as finalidades estatais no seu conjunto. A prestação jurisdicional deve operar-se sem ferimento ao equilíbrio da igualdade jurídica. Fácil é considerar-se que, a lesão ao relacionamento social que os litígios provocam, se dirige para o centro da comunidade em geral e que o somatório das decisões mal equacionadas provocam, sem dúvida, instabilidade que pode alçar-se até os mais altos graus de desentendimentos capazes de comprometer o corpo político. Aliás, a reforma do Poder Judiciário há de partir da constatação desse fenômeno.

Assim, a rigor, não há causa sem "interesse público", mesmo que latente em seu contexto, visto que o Direito Processual é ramo do Direito Público, correspondente à definição de ULPIANO "Publicum jus est quod ad statum reipublicae spectat".

O "interesse público", diz ANTÔNIO E. CACCURI, noção nuclear do Direito Público, em geral, e do Direito Administrativo, em particular — outro não é senão o "bem comum", que o Direito e o Estado procuram alcançar". O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ART. 82, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — JUSTITIA, nº 86, pág. 136.

Alinha, o autor citado, opiniões de vários renomados mestres, dentre as quais a de ALÍPIO SILVEIRA, que assim vê o "interesse público".

"O BEM COMUM que a Lei de Introdução ao Código Civil inscreveu no art. 5º — longe de ser a soma bruta dos valores individuais como queria o individualismo revolucionário", é a "coordenação do bem dos indivíduos, segundo um princípio ético, compondo sua noção o complexo de variados elementos, entre os quais a "paz, a justiça, a ordem, a liberdade, a solidariedade, a utilidade social, a segurança", ob. cit., pág. 137.

Pelas observações até aqui expendidas, procuramos demonstrar que o Ministério Público nasceu da necessidade de preservação desse "status". A relevância do "interesse público" que se tem pretendido fazer entender no curso do presente trabalho, colima com a constatação de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO de que o ESTADO não constitui um fim em si mesmo, mas apenas meio de buscar o "bem comum".

DALMO DE ABREU DALLARI, apud Antonio E. Caccuri, JUSTITIA, 86/137, traz à colação conceito lapidar de JOÃO XXIII sobre "BEM COMUM" — consistente no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana".

Embora haja diferença entre interesse público e interesse privado no que se relaciona com as pessoas que buscam a proteção na ordem jurídica, ambos fazem parte de um todo que o ESTADO encampa e protege, com vistas ao bem maior a ser alcançado, ou seja, o "bem estar social".

Limitar-se o conceito de "interesse público" para o fim de restringir a atuação do Ministério Público, é reduzir-se a um "minus" a própria finalidade do moderno ESTADO. Se consideramos o bem estar geral relacionado intimamente com o "interesse público" a ser preservado e que tal interesse nada mais é que o resguardo dos padrões de ordem, de tranqüilidade, de progresso, de liberdade, de realização pessoal, de elevação da dignidade humana, temos que não há qualquer diferença ontológica entre "BEM COMUM" e "INTERESSE PÚBLICO".

Adotada a sinonímia desaparece com ela a complexidade do que venha a ser "interesse público" vislumbrado pelo Código de Processo Civil, e todas as causas passarão pelo crivo do Ministério Público, único juiz da conveniência da defesa do que convier à mantença do equilíbrio comunitário.

E a sinonímia de que falamos deve-se, realmente, à identificação de dois conceitos que dizem respeito a um mesmo fenômeno. O Vocabulário Jurídico de DE PLÁCIDO E SILVA assim conceitua "interesse público".

"Ao contrário do privado, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou PARA proveito geral ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva".

Para o mesmo Dicionário, "BEM COMUM" — Bem estar comum, para indicar a comodidade da coletividade, que se poderia traduzir pelo bem estar comum, ou para indicar aquilo que é útil".

A prestação jurisdicional, nunca se ouvirá dizer restringir-se ao interesse das partes, apenas, mas a todo o ESTADO, à coletividade. Trata-se de serviço de caráter geral, obrigatório, por ser de ordem pública, elevado que está à categoria de preceito Constitucional. "A lei não poderá excluir de apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão de direito individual".

O ARTIGO 82, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO

Antes de entrarmos em considerações para a atuação do Ministério Público face à redação dada ao artigo 82, inciso III, do Código Civil Brasileiro, mister se faz anotarmos a impropriedade terminológica contida em tal dispositivo.

Com efeito, mais uma vez é de se invocar o magistério de DE PLÁCIDO E SILVA sobre o alcance dos termos "CAUSA" e "LIDE" empregados pelo legislador, no artigo sob exame.

"CAUSA" — Como expressão jurídica, não possui o vocábulo significado diverso do da sua origem: o motivo, a razão, o princípio, o fundamento ou seja, tudo aquilo que motiva ou faz com que a coisa exista ou o fato aconteça. É assim, a coisa que é o princípio ou o fundamento de outra que não subsistirá sem essa justa razão, sem esse fundamento que promana da causa, em que se funda ou de que se gera. A causa jurídica entende-se, pois, a razão de ser do ato a ser praticado ou do fato que se evidencia, mostrando-se, ainda, com o fim que se tem em vista na prática do ato ou elaboração do contrato... Causa, na técnica processual, se confunde com a demanda. Empregam-se os vocábulos equivalentes. Esta acepção vem de que a causa é o fundamento legal do direito que se quer fazer valer perante a autoridade judiciária. Causa, a razão, extensivamente passou a designar o processo judiciário que, por ela, a causa, a razão, o motivo, sendo, pois, equivalente a litígio". VOCABULÁRIO JURÍDICO, VOL. I — FORENSE — 1967.

"LIDE — derivado do latim lis, litis, quer o vocábulo significar contenda, questão, luta. Na terminologia jurídica designa a demanda ou a questão forense ou judiciária, em que as partes contendoras procuram mostrar e provar a verdade de seu direito. Embora por vezes seja o vocábulo empregado em sentido equivalente a demanda, traz consigo a significação mais ampla: *lide é a demanda já contestada ou aquela em que a luta entre as partes está travada*. É a formação já do litígio, nem sempre ocorrente em toda demanda, quando o réu não vem contestar nem se opor à pretensão do autor". ob. cit.

Assim é que ANTÔNIO E. CACCURI, ao elaborar seu trabalho "O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ART. 82, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL anotou:

"Observação inicial que merece registro e reveladora de que o rigor terminológico nem sempre pode ser preservado, no novo estatuto processual, no focalizado inciso III do artigo 82 são empregados, como sinônimos, os vocábulos "causa" e "lide", quando é sabido que a noção daquela é mais larga que a desta, constituindo mesmo gênero de que a lide ou litígio é espécie, conforme ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES: "Causa é toda e qualquer questão levada ao Judiciário, seja litigiosa ou não. Na chamada jurisdição voluntária, por exemplo, inexiste lide, havendo, no entanto, uma causa". MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL — 1974, vol. I, pág. 125.

Após a leitura do trabalho antes mencionado, vislumbra-se um alargamento dos horizontes de atuação do Ministério Público, porisso que o autor entende, com real acerto, caber ao Ministério Público "decidir em cada caso, sobre a existência ou não de interesse público e, consequentemente, sobre se deve ou não intervir, e que o juiz não pode excluir do processo o órgão do Ministério Público que já interveio nos termos do artigo 82, III, nem fazer abstração de alegações e provas por ele produzidas".

Sobre esse prisma é que deve ser analisada a intervenção do Ministério Público na ação, embora entendamos que a operação intelectual que o órgão do Ministério fará não é exatamente a da procura do interesse público que, como anteriormente frisamos, existe em todas as causas.

A fiscalização inicial, primária, em cada feito, é de eleição quanto à necessidade de intervenção efetiva, material, através dos instrumentos da petição ou do recurso, em socorro do "INTERESSE PÚBLICO" que foi ou possa vir a ser violado ou desatendido.

ANTÔNIO DE CAMARGO FERRAZ, em seu brilhante trabalho "A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FAVOR DO INTERESSE PÚBLICO" — esclarece que "a doutrina é pacífica no sentido de competir ao próprio Ministério Público a avaliação discricionária quanto a presença ou ausência de interesse público que reclame sua intervenção como fiscal da lei", conclusão que "se liga simplesmente ao caráter genérico de Ministério Público de ser representante e tutor do interesse público e *não cabe pensar num requisito particular sujeito ao controle do juiz*. (grifo nosso) Opera aqui a discricionariedade de avaliação por parte do próprio Ministério Público, donde tal intervenção ter sido denominada discricionária. Esta ampla faculdade discricionária de intervenção do Ministério Público confirma a finalidade essencialmente publicista do processo". trab. cit., pág. 142.

Retornando ao início dos nossos estudos, deixamos claro que o Ministério Público não tem origem na existência do Poder Judiciário, assim como sequer aproxima-se da origem dos Poderes estatais tradicionais, razão porque, estando colocado em plano superior na

órbita dos interesses a preservar, não seria lícito subordiná-lo a escolha da oportunidade de sua atuação em favor do "bem público".

Porisso mesmo é incisivo MONIZ DE ARAGÃO:

"O juiz ou o tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade ou a profundidade de atuação do Ministério Público. Este é que a mede e desenvolve: A não ser assim, transforma-se-ia o Ministério Público, de fiscal do juiz na aplicação da lei, em fiscalização dele no que tange a sua própria atuação fiscalizadora" COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — 1974 — vol. II — pág. 301. FORENSE.

É com respaldo na incontestável autoridade de autores do porte de EGAS MONIZ DE ARAGÃO e de JOSÉ FREDERICO MARQUES, que discordamos do Promotor de Justiça Caccuri, apenas no que se relaciona com seu entendimento de não ser discricionária a escolha pelo próprio Promotor, da conveniência de atuar como fiscal da lei. Entende ele que a atuação fica circunscrita ao comando legal.

Acontece que a generalidade do artigo não comporta obrigatoriedade de procedimento, mas entrega ao próprio órgão encarregado da fiscalização da aplicação da lei o processo seletivo, intelectivo, do que convenha a defesa da ordem constituída.

A obrigatoriedade, que entendem alguns vir dirigida ao Ministério Público, na realidade tem outra direção — o magistrado. Se por inversão da titularidade da escolha das causas em que o Ministério Público deveria intervir, foi parar no poder dos juízes, o legislador procurou, de certo modo, corrigir a subversão do preceito, dirigindo-lhe a obrigação, taxativa, sob pena de nulidade, de não deixar o feito sem vistas ao Parquet.

Realmente, nesses processos cuja atuação do Promotor de Justiça vem obrigatoriamente determinada ao juiz, e o processo é comando geral dirigido ao juiz, especialmente, a cominação em caso de descumprimento é de nulificação absoluta do procedimento, valendo dizer que a falta de vistas ao Ministério Público, pode importar sério prejuízo ao ESTADO. Exemplo disso são os numerosos feitos que retornam às Comarcas de origem por falta de atuação do Promotor.

A contrário sensu, nos demais processos, a ausência de fiscal do juiz na aplicação da lei, no dizer de MONIZ DE ARAGÃO, pode ou não importar em defeito insanável, em razão da existência ou não de lesão ao "interesse público".

Ademais, nas ações cujo "interesse público" se evidencia ex ante e surge sempre que deflagrada a demanda, justifica-se que a lei tivesse sido casuística, determinando ao juiz vistas ao fiscal da lei, comando que não esqueceu de dirigir à própria parte. Daí infere-se

a preocupação do legislador de não deixar a descoberto o "bem comum", preocupação que reflete o momento histórico do ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL.

Aos demais feitos deixou o legislador a obrigação do juiz de dar vistas ao órgão ativo do ESTADO para que, acompanhando-os paralelamente à prestação jurisdicional, verificasse a oportunidade de intervir quando o interesse público reclamasse, em qualquer fase do procedimento.

Hoje, a maioria absoluta dos tratadistas de Direito Processual, bem como dos comentaristas do novo Código de Processo Civil, não hesitam em proclamar a "mens legislatoris" como sendo a que deixou ao próprio Ministério Público a escolha da ocasião de sua atuação em benefício do bem estar geral, quando sua intervenção não for cogente, como no Mandado de Segurança, na Ação Popular, na Falência, etc.

Prova disso é que, no SIMPÓSIO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL realizado no Paraná sob os auspícios da sua Universidade Federal, numa das conclusões ficou estabelecido que: "Nas hipóteses de interesse público (art. 82, III), *não previstas expressamente em lei*, a iniciativa da intervenção do Ministério Público fica a critério deste, podendo o juiz provocá-lo". Ainda deixou aquele simpósio, infelizmente, no nosso entender, a possibilidade do Judiciário decidir da necessidade ou não da intervenção, quando o Ministério Público tomar a iniciativa.

São eminentes vozes a se levantarem em favor de uma interpretação racional e lógica do inciso III, do art. 82 do Código de Processo Civil, inovador do de 1939, dentre as quais a do eminente Procurador Geral da Justiça de São Paulo que assim se manifestou no V Congresso Nacional do Ministério Público:

"... o inciso III, do art. 82, do C.P.C. teve inspiração italiana: Somente SATTA entre os processualistas modernos discrepa dos exegetas do Código Peninsular que, em maioria significativa e impressionante, acentuam competir ao próprio Ministério Público a avaliação discricionária no tocante à presença ou ausência de interesse público a reclamar sua intervenção como fiscal da lei". Essa conclusão, prossegue o ilustre membro do Ministério Público do Brasil — são palavras de Zanzuchi — se liga simplesmente ao caráter genérico do Ministério Público de ser representante e tutor do interesse público e não cabe pensar em um requisito particular sujeito ao controle do juiz". REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA GUANABARA — vol. 20, pág. 22.

Diz, ainda, o autor: "opera aqui a discricionariedade de avaliação por parte do próprio Ministério Público". Idênticas, na substância, são as opiniões de Carnelluti, Allorio, Biondi, D'Onófrio e outros. Para todos estes consagrados processualistas cabe, unicamente, ao Minis-

tério Público decidir a respeito da própria intervenção no processo, dando ou não pela existência de interesse público que a justifique". ob. cit., pág. 23.

Já no pórtico dos seus comentários ao Capítulo dedicado ao Ministério Público, JOSÉ FREDERICO MARQUES assinala que, "O Ministério Público é órgão através do qual o Estado procura tutelar, com atuação militante, o interesse público e a ordem jurídica, na relação processual e nos procedimentos de jurisdição voluntária". MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL — vol. I, pág. 284 — SARAIVA, 1974.

CONCLUSÕES

1. A NAÇÃO como um complexo, é realidade de ordem sociológica, um estágio decorrente da evolução da sociedade humana, dentro de um processo histórico-cultural nele ocorrente.

2. O ESTADO é instrumento de realização social, delimitado pelos contornos que lhe empresta o Direito Constitucional, em cujos lineamentos se opera e se desenvolve a ordem jurídica.

3. O Ministério Público, filosoficamente, nasceu com a NAÇÃO, antecedendo ao ESTADO que lhe sucede e decorre da necessidade de defesa coletiva, impessoal, do interesse geral.

4. Nascendo com a própria consciência do grupamento humano, seu poder é extraestatal e acima do ordenamento estrutural, justificando porque sua existência orgânica promana do Poder Constituinte.

5. O fenômeno da criação do Ministério Público como instituição, não se confunde com a dos demais Poderes, porquanto sua necessidade foi sentida no momento em que houveram os primeiros choques dos componentes do grupo, cuja proteção não cabe na atuação estática do Judiciário.

6. Prova que o Judiciário não atua, pelos Magistrados, senão provocado, dando ao Ministério Público o poder atuante em nome da coletividade em geral, daí não ser ele quem protege o Estado.

7. Por isso sua posição Constitucional melhor seria a que o posicionasse como Órgão Coordenador, com atribuições de coordenação, fiscalização (auditoria permanente), bem como tutela do "INTERESSE PÚBLICO".

8. A tônica do Estado Moderno é prover o bem estar social, que é a única e a mesma coisa que o "bem comum" ou o "interesse público", elevando a dignidade humana e erigindo a propriedade e a economia como instrumentos de fins sociais, sob o binômio SEGURANÇA E DESENVOLVIMENTO.

9. Nesse contexto tem suprema relevância a atuação do Ministério Público, como preservador dos valores fundamentais do ESTADO.

10. A defesa do Bem Comum da coletividade no Estado do Bem Estar Social, requer independência da instituição e garantia capaz de permitir a ação que lhe corresponde por motivo existencial, como realmente outorga a Carta Magna.

11. Para permitir a atuação de forma ampla, a conveniência, a oportunidade, o motivo e a forma de intervenção não poderão ficar adstritos à prévia apreciação de membro do Poder Judiciário, sem prejuízos dos Poderes que lhe são próprios na direção do processo, de modo a coibir conduta incompatível com a grandeza do Poder que representa.

12. Ninguém melhor poderá sentir, senão o Ministério Público, o que será bom ou mau para a coletividade, porquanto é seu nato representante. Daí não ser possível ao Judiciário impedir a atuação do Ministério Público que já ingressou na ação, substituí-lo, mesmo para um único ato, ou fazer abstrações de seus escritos.

13. O "interesse público" não se contém dentro dos limites restritos de interesses imediatos do grupo social, extravasando-se em todas as direções em que, mesmo reflexamente, exista sentida conveniência de que a atuação jurisdicional transcorra nos limites da ordem legal vigente.

14. Assim como, em todos os feitos, contenciosos ou de jurisdição graciosa, há, mesmo que mediatamente, apenas, "interesse público", que é sinônimo de "bem comum", "bem estar social", o órgão do estado deve ter conhecimento pessoal do ingresso de qualquer causa.

15. Havendo, mesmo que reflexamente, "interesse público" em todos os feitos, o Ministério Público terá vistas de todos eles para a análise do grau desse interesse que requeira ser defensível pela sua atuação.

FONTE BIBLIOGRÁFICA

1. O Ministério Público Brasileiro — Mário Dias, José Konfino Editor — 1955.
2. O Ministério Público e o Processo Civil — José Fernando da Silva Lopes, Edição Saraiva — 1976.
3. Comentários ao Código de Processo Civil — Egas Moniz de Aragão, 1974 — 2º vol.
4. Lex 1970 — Lei Complementar nº 5.621, de 4 de Novembro de 1970.

5. Teoria e Prática da Promotoria Pública — Roberto Lyra.
6. No Ministério Público — Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial — Porto Alegre, 1944.
7. Manual Elementar do Ministério Público — Jacinto Rodrigues — Bastos-Coimbra Editora Ltda.
8. Comentários à Constituição de 1967 — Pontes de Miranda, Editora Revista dos Tribunais, vol. I e IV.
9. Estrutura Filosófica do Ministério Público — Revista Catarinense do Ministério Público. Transcrição de Justitia, vol. 61.
10. Votos de Um Juiz — Lourenço Mário Prunes, Sulina, pág. 147.
11. Direito Administrativo Brasileiro — Hely Lopes Meirelles — Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed. 1977.
12. Diogo de Figueiredo Moreira Netto — Curso de Direito Administrativo, Forense 1974.
13. Curso Elementar de Direito Administrativo — Henrique de Carvalho Simas, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1974.
14. Curso de Direito Administrativo — Mário Masagão, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed.
15. Curso de Direito Administrativo — José Cretella Júnior, Forense, 3ª ed.
16. Tratado de Direito Administrativo — José Cretella Júnior, Forense — 1ª ed. 1970, vol. I e VII.
17. Manual de Direito Administrativo — Marcello Caetano — Edição Brasileira — Forense.
18. Lawrence Krader — Formação do Estado — ECEME Editora, 1964.
19. Jean Jacques Rousseau — Contrato Social — Cultrix.
20. Maquiavel — O Princípe — Nossos Clássicos.
21. Encíclica e Documentos Sociais — Frei Antônio de Sanctis, O.F.M. Cap. — LTR São Paulo, 1971.
22. Da Ilegalidade da Nomeação de Promotor "Ad Hoc" — Nicanor Medice Fischer — Justitia vol. 92.
23. Paulino Jacques — A Constituição Explicada — Forense — 3ª Ed.
24. O Ministério Público e o Art. 82, III, do Código de Processo Civil — Antonio E. Caccuri citando Dalmo de Abreu Dallari — Justitia nº 86.
25. Dicionário Jurídico de DE Placido e Silva — Forense, vol. I.
26. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 — D.O.U.
27. Manual de Direito Processual Civil, José Frederico Marques — 1974 — Forense.
28. Anais do Simpósio de Direito Processual Civil — Universidade Federal do Paraná.
29. Revista do Ministério Público da Guanabara, vol. 20.
30. Direito Processual Civil, Nelson Godoy Bassil Dower, 1º vol. Editora NELPA Ltda.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Luiz José dos Santos Lima
Promotor de Justiça no Paraná

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A "legitimatio ad causam" e suas conotações. 3. A substituição Processual. 4. O Ministério Públicó e a substituição processual. 5. As ações cautelares e sua dependência. 6. Ações acauteladoras de caráter independente. 7. Extensão da legitimação extraordinária para agir. 8. O Ministério Público e as ações acautelatórias de caráter independente. 9. A extensão da legitimação para agir do Ministério Público no processo de falência e em decorrência dele. 10. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Para pleitear em juízo é imprescindível que a parte possua, além daqueles requisitos subjetivos a ela referentes e mesmo afora aqueles outros de ordem objetiva atinentes à validade da relação processual (pressupostos processuais), algumas condições para exercitar a sua faculdade de agir (facultas agendi), provocando do aparelhamento judiciário o exame de sua pretensão.

Antes de ser apreciado o mérito da causa e ser questionada a própria "res in juditio deducta", ocorre no processo o exame daquilo que os autores mais variados costumam chamar de juízo de admissibilidade do mérito.

Deixando de lado os requisitos de ordem processual, por uma questão de brevidade e mesmo para que se parta diretamente ao alvo que se pretende atingir, vamos abordar aqui as chamadas condições da ação, ou seja, aqueles requisitos essenciais para a viabilidade do direito de agir, que estão estreitamente ligados à questão da própria pretensão de ordem material que na causa se põe sob análise.

As condições de existência do direito de agir revelam-se com a "possibilidade jurídica do pedido", o "legítimo interesse" e a "legitimação para a causa".

O pedido é juridicamente possível quando aquilo que se pede é admissível pelo direito objetivo. Impossível seria, por exemplo, a cobrança de uma dívida de jogo, pois tal pedido não encontraria amparo em nosso ordenamento legal positivo.

O interesse será legítimo pela adequação da medida pleiteada à proteção do interesse decorrente do direito subjetivo de ordem material.

Finalmente, haverá legitimidade para a causa quando ocorrer a chamada "pertinência subjetiva da ação" — como a denominou o mestre Alfredo Buzaid (In "Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil"), ou seja, a titularidade ativa ou passiva do direito de agir — o que vale dizer, quando ocorrer a propositura da ação por quem seja o "titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor" — como preleciona o ilustre Prof. Frederico Marques (In "Instituições de Direito Processual Civil", vol. II, pág. 41 — ed. 1966).

2. A "LEGITIMATIO AD CAUSAM" E SUAS CONOTAÇÕES

Dentre as condições da ação interessante é que seja destacada, em razão do já apontado desejo de objetividade deste trabalho, a denominada legitimação para agir.

Ordinariamente, a "legitimidade ad causam" mostra uma mesma pessoa como titular do interesse de ordem processual e daquele outro de ordem material que se retrata na pretensão. Há, pois, uma "coincidência entre os sujeitos das duas relações, a substancial e a processual, porquanto os partícipes da primeira vêm à juízo para, em nome próprio, defenderem direitos seus" — como ensina o ilustre mestre Waldemar Mariz de Oliveira Júnior (In "Substituição Processual", pág. 88, ed. 1971).

Contudo, extraordinariamente, pode ser uma pessoa legitimada a agir, em seu próprio nome, defendendo direito alheio, distinguindo-se aí a pessoa titular do interesse de ordem formal daquela outra titular da "res in juditio deducta".

Nos interessa mais de perto, nesta dissertação, a questão da legitimação extraordinária para agir.

3. A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Afora o aspecto sempre discutido da nomenclatura desse instituto processual que Mariz de Oliveira Júnior sugere ser denominado de "equiparação" ou mesmo de "equivalência processual", para que se afaste de vez a ultrapassada concepção privatística do processo mencionada por Pontes de Miranda, é de se ver que a legitimação extraordinária para agir é um acontecimento processual de suma importância, hoje denominado de uma maneira geral pelos processualistas — com a ressalva já feita — de substituição processual.

O Cód. de Proc. Civil de 1939 não previa uma regra específica sobre o fenômeno, pelo que os doutrinadores se socorriam, em suas explanações sobre esse instituto, do art. 81 do Código de Processo Civil Italiano, no qual estava disposto:

> "Fuori dei casi expressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui".

Tal regra foi, porém, consagrada agora pelo nosso novo Código de Processo Civil, que estabeleceu em seu art. 6º:

> "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Portanto, o nosso nóvel corpo de normas processuais civis repetiu o que já dizia aquele art. 81 do Cód. de Processo Civil Italiano.

Na substituição processual, o substituto toma o lugar do substituído, pleiteando, em nome próprio, a subordinação de um interesse de terceiro a um interesse daquele (pretensão), litigando então como parte, segundo a conceituação formal que a ela se dá. Assim que o substituto não seria o titular do direito subjetivo de ordem material, mas sim um dos sujeitos do processo, depois de formada a relação processual. Levam-se em conta para o estudo desse instituto tão somente questões de ordem processual, face mesmo à autonomia hoje indiscutível do direito de agir disvinculado do interesse que através dele se quer fazer valer.

Não se confunde a substituição processual, por outro lado, com representação ou mesmo com sucessão processual.

O substituto é parte. O representante não o é, — pois age em nome do representado — esse sim sujeito inconteste da relação de ordem formal que se forma com a citação.

O sucessor vem ao processo por habilitação, tomando o lugar daquele que sucede e tornando-se sujeito da relação jurídico-proces-

sual, ao mesmo tempo em que é também titular da própria relação jurídica de ordem substancial.

Nem todos os poderes são exercidos pelo substituto processual, eis que não pode ele desistir da ação, reconhecer direitos, renunciar a eles, etc. — isso porque implicam tais atos no exercício direto por quem é o titular da relação material que se põe em discussão.

Os efeitos obtidos com a ação proposta pelo substituto vão atingir indubitavelmente o substituído que terá sobre si, principalmente, os reflexos indeléveis da máxima preclusão — a coisa julgada.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

O Ministério Público "encarna na relação processual — como leciona o mestre José Frederico Marques — a Administração Pública na sua função relativa à tutela que exerce sobre certos direitos subjetivos". (In "Instituições..., vol. II, pág. 169).

Como ainda elucidou o preclaro mestre — trata-se de "órgão dos interesses indisponíveis".

Assim que atua o órgão Ministerial ora como parte, ora como fiscal da relação de ordem processual civil.

Como parte, por vezes tutela imediatamente o interesse geral e mediatamente o interesse particular, e por outras, na administração pública de interesses privados, defende o Ministério Público diretamente o interesse particular, sendo extraordinariamente legitimado para agir como substituto processual, por uma questão de interesse também de ordem pública que virá a ser atingido de forma mediata.

Pode o Ministério Público propor então ações em nome próprio, encarnando os interesses da Administração Pública, na defesa direta de interesses jurídicos-materiais de particulares. Pode, em outras palavras, funcionar em uma relação de ordem formal na qualidade de substituto processual.

Nessa qualidade de substituto processual estaria o Ministério Público também vinculado à regra estabelecida agora pelo art. 6º do Cód. de Proc. Civil de 1973, ou seja, estaria legitimado tão somente, de forma anômala — "a contrario sensu" do que estabelece o dispositivo mencionado e diante da ressalva ali mesmo posta — quando expressamente autorizado por lei.

Contudo, com um exame um pouco mais detido do assunto, poderemos facilmente chegar à conclusão de que tal regra não pode, como aquela prevista pelo art. 81 de nosso vigente Cód. de Proc. Civil, ser tomada e aceita de uma maneira exclusivamente literal, em relação às atividades do órgão dos interesses indispensáveis.

No que se refere ao exercício do direito de ação, já tivemos oportunidade de abordar essa questão no trabalho "O Ministério Público na Ação Anulatória de Casamento: A Declaração Incidente e Certos Casos de Inexistência do Vínculo Matrimonial", publicado na revista do Ministério Público paranaense — MP, nº 6, ano de 1976 —, no qual procuramos analisar a possibilidade da propositura da ação declaratória incidental pelo órgão Ministerial, quando no exercício de sua função de fiscal da lei.

No decorrer deste trabalho, procuraremos demonstrar a inconveniência da literalidade também nos casos em que o "Parquet" atua extraordinariamente autorizado, como parte da relação processual.

5. AS AÇÕES CAUTELARES E SUA DEPENDÊNCIA

Quando se fala de contratos, vê-se que há medidas acauteladoras dos direitos dos contratantes, como a fiança, o penhor, a hipoteca, etc.

Já no que tange ao direito processual, também são necessárias, por vezes, medidas acautelatórias de prováveis riscos que advém antes ou mesmo durante a postulação de uma pretensão central.

Há, portanto, medidas preparatórias que visam o bom andamento de uma causa principal que será proposta e medidas incidentais a essa causa principal, ambas dela dependentes.

O art. 796 do Cód. de Proc. Civil é bastante claro quando estabelece que "o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre *dependente*".

Se há uma vinculação dessas medidas chamadas genericamente de medidas cautelares a um processo principal, é bom que se veja, contudo, que são elas pleiteadas através de um outro processo que, apesar de acessório, possui todos os característicos de autonomia técnica — como nos ensina Humberto Theodoro Júnior, em sua obra "Processo Cautelar" (pág. 69, edição de 1966), isto é, tem para si "uma demanda, uma relação processual, um provimento final, um objeto próprio, que é a ação acautelatória" — como explica Alfredo de Araújo Lopes da Costa, em sua monografia sobre "Medidas Preventivas" (pág. 19, edição de 1953), lembrando Enrico Liebman e Chiovenda.

Logo, a ação que provoca o nascimento do processo cautelar, também é cautelar, instrumental, provisória e autônoma — como ele. Tem acentuado caráter de acessoriedade, pois visa garantir de modo imediato o processo principal e, de forma mediata, a providência que está sendo ou será invocada através dele.

O interesse tutelado no processo cautelar é aquele de "dar eficiência e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para so-

lucionar os conflitos de interesses entre os cidadãos" — como ainda preleciona Humberto Theodoro Júnior, na obra já apontada (pág. 61).

Essa vinculação da medida cautelar a ser obtida através do procedimento acautelatório, ao processo principal, no qual está sendo discutido ou será discutido o interesse jurídico-material que a parte diz ou dirá ser prevalente, não pode deixar dúvidas quanto à possibilidade de uma pessoa, autorizada extraordinariamente a propor a ação principal, vir a propor a ação cautelar dela dependente — visando a eficiência ou utilidade do meio (processo) pelo qual, de forma anômala, o legislador lhe incumbiu de pleitear, em nome próprio, o direito de outrem.

A ação de prevenção (acautelatória) que garante a eficiência do meio pelo qual será obtida a prestação jurisdicional para a solução do conflito de interesses e, portanto, indiretamente garante até mesmo o próprio interesse de ordem substancial, não pode ser subtraída de quem foi autorizado para a defesa direta desse interesse, ainda que extraordinariamente. E isso tanto no que se refere às ações cautelares nominadas pelo Cód. de Proc. Civil, como também em relação àquelas inominadas, ressalvadas pelo art. 798 desse corpo de normas processuais civis.

Levando-se em conta a regra de que "accessorium sequitur principale", também se justifica que quem pode promover o mais, pode promover o menos.

6. AÇÕES ACAUTELADORAS DE CARÁTER INDEPENDENTE

Há medidas acauteladoras ou de prevenção não previstas no Código de Processo Civil como objetivos concretos de ações propriamente cautelares. Assim, apesar da pressuposição de um direito que com elas seria assegurado e que autorizaria a sua busca em juízo, seriam essas medidas resultados concretizados de um processo completamente independente daquele no qual o pressuposto seria ou já estaria sendo pleiteado.

Esse processo impropriamente cautelar, através do qual são postuladas medidas de caráter conservatório, não segue as normas do Livro III do Código de Processo Civil e não se sujeita à regra prevista pelo art. 796 desse Livro — nele não ocorrendo, portanto, aquelas características de acessoriedade e provisoriedade que informam os procedimentos cautelares específicos. Não precisa ser incidentalmente provocado e nem mesmo está sujeito, para sua viabilidade e eficácia, ao prazo de trinta dias para a propositura da ação que visa a tutela do interesse jurídico material que se pressupõe.

Através da ação propriamente cautelar o que se objetiva é a eficiência e utilidade do processo principal, no qual, por sua vez, será discutido o interesse jurídico substancial — como já tivemos opor-

tunidade de abordar. Aí se apresenta de imediato, portanto, uma questão de ordem processual (garantia processual) para que o meio (processo) tenha condições de atingir o seu objetivo pleno — a prestação jurisdicional em sua plenitude, na busca da proteção almejada ao interesse jurídico-material prevalente.

De imediato, se visa a proteção do processo principal e indiretamente a proteção do interesse de ordem material que por ele se procurará fazer valer.

Já na ação impropriamente cautelar, o que se põe sob análise imediatamente é a relação de ordem jurídica material que se pode chamar de prejudicial. É visado diretamente um interesse substancial que, se atendido, proporcionará, de forma mediata, uma garantia de ordem processual efetiva.

A efetividade ou a plenitude da função jurisdicional é o que se visa realmente em ambos os casos, esteja em primeiro plano uma relação jurídico-formal ou uma relação jurídico-material, pois que serão ambas atingidas, cada uma a seu tempo, seja a ação propriamente acautelatória.

Para que se exemplifique, passamos agora a verificar, nos campos do Direito Civil, a questão da garantia genérica dada pelo patrimônio do devedor para o cumprimento de suas obrigações. .

Como decorrência de doutrina moderna, em matéria de direitos obrigacionais, ocorre na relação obrigacional um dever de prestação de cumprimento expontâneo (de regra geral) e uma correspondente sujeição patrimonial por parte do devedor a um poder coativo do credor (responsabilidade). Daí a teoria dualista do "debitum" e da "obligatio". Assim que o patrimônio do devedor garante, de maneira genérica, as obrigações por ele contraídas.

Como afirma o mestre Orlando Gomes: "Decompondo-se a relação obrigacional, verifica-se que o direito de crédito tem como fim imediato uma prestação e remoto, a sujeição do patrimônio do devedor, se não paga a dívida". (In "Obrigações", pág. 23 — edição de 1961).

A nossa lei civil codificada prevê, por outro lado, a anulação de atos praticados (contratualmente) por fraude, equiparados àqueles cometidos por erro, dolo e simulação. Há no contrato um vício de vontade, portanto.

Também prevê o nosso Código Civil, como efeito de ato jurídico a fraude contra credores, ou seja, aqueles atos praticados pelo devedor que, alterando o seu patrimônio, alteram também a sua condição de solvabilidade — o que implicaria no comprometimento da garantia patrimonial de caráter geral que responde pelas dívidas.

Assim, a fraude contra credores compromete a garantia patrimonial — o que implica que qualquer dos titulares de créditos exigíveis ou por se exigir do devedor insolvente (insolvência decorrente do ato fraudulento) pode acionar o aparelhamento judicial contra ele para fazer com que se restabeleça essa garantia patrimonial genérica, assim o fazendo através de uma ação revocatória, de rito ordinário, que recebeu o nome de pauliana, em homenagem ao jurisconsulto romano Paulus.

Trata-se de uma ação restauratória do patrimônio do devedor, ou como prelecionou o mestre Miguel Maria de Serpa Lopes: "O seu efeito, portanto, é restaurar o patrimônio do devedor, pondo seu patrimônio com a mesma resistência financeira que possuia antes da prática dos atos fraudatórios, de modo a proporcionar aos credores a possibilidade de plena satisfação de seus créditos". (In "Curso de Direito Civil", vol. 1º, pág. 459, edição de 1962).

Ter-se-ia aí uma medida acautelatória de caráter independente (conservatória), a ser pleiteada através de ação indiretamente acautelatória — ou seja — cujo fim imediato seria a anulação do ato fraudulento e cujo fim mediato seria a mantença do devedor em estado de solvência, possibilitando a expropriação forçada através do processo executório.

Se retrocedermos às considerações iniciais deste ítem do trabalho, veremos que o direito de crédito seria — no exemplo que se deu — o pressuposto autorizador da propositura dessa ação de caráter não propriamente acautelatório; não haveria dependência dela ao processo no qual esse direito creditício estaria sendo ou seria pleiteado, bem como não dependeria, conseqüentemente, para sua viabilidade e eficácia, da propositura da ação própria de cobrança do crédito. Ainda que essa ação de cobrança nunca viesse a ser proposta, tal fato não retiraria a validade da decisão proferida na outra ação absolutamente independente.

7. EXTENSÃO DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PARA AGIR

Seguindo pela trilha a que nos propusemos — o exame de questões referentes à substituição processual —, nos parece que, ainda que não autorizado expressamente o exercício de uma ação impropriamente acautelatória pelo substituto processual, poderia a legitimação extraordinária para agir, referente à defesa do direito tido como pressuposto autorizador de sua propositura, ser estendida até onde fosse necessário para garantir, ainda que de modo mediato, a tutela desse interesse decorrente de relação de ordem jurídico-material. Por extensão chegar-se-ia, portanto, à legitimação para a propositura dessa ação impropriamente acautelatória.

Esse tipo de ação (impropriamente acautelatória) — ainda que não autorizado expressamente o seu exercício pelo substituto processual, é certo que viria a trazer novos elementos ao substituto para fazer valer efetivamente os direitos subjetivos de ordem material daquele a quem substitui na relação processual — o que equivale dizer que seria dada a quem já estava autorizado a agir, por determinação legal expressa, uma legitimação extraordinária por extensão, podendo, assim, para assegurar o sucesso da ação originária, onde a legitimação se deu, usar dessa sua titularidade processual anômala até onde precise, para a defesa real e efetiva do direito substancial alheio. Do contrário, não se atingiria a plenitude da prestação jurisdicional pleiteada pelo substituto, ou seria correr o risco de não atingí-la.

Uma medida como a anulação do ato fraudulento que importasse em prejuízo à execução para a qual estaria o substituto autorizado, na defesa do crédito do substituído, por certo poderia por esse substituto ser pleiteada, ainda em nome próprio, mas extensivamente, para garantir a satisfação real do direito do credor a quem substitui.

Cabe aqui ressaltar ainda que o dispositivo do art. 6º do Cód. de Proc. Civil não estabelece que a autorização para a defesa do direito alheio, em nome próprio, deva ser levada a efeito somente por determinado tipo de ação ou apenas através daquela ação de início autorizada.

Onde o legislador não restringe, não cabe ao intérprete restringir.

Se alguém é extraordinariamente legitimado para a defesa de direito alheio (de ordem substancial), pode assim fazê-lo por todos os meios possíveis de ordem formal (ações), desde que esses meios visem a um único objetivo. Quem está autorizado a pleitear o crédito, por exemplo, também está autorizado a pleitear medida assecuratória da garantia desse crédito, de ordem específica (um seqüestro de bem hipotecado, por exemplo), ou de ordem genérica (restauração da garantia patrimonial global do devedor) decorrente de sua sujeição ao débito (responsabilidade). Ocorre aí o que poderia chamar-se de interdependência de ações autônomas.

8. AO MINISTÉRIO PÚBLICO E AS AÇÕES ACAUTELATÓRIAS DE CARÁTER INDEPENDENTE

Já se viu neste trabalho que o Ministério Público também é por vezes autorizado a agir com legitimação extraordinária, através de seus agentes.

Para que não se pise em terreno abstrato, tomamos o exemplo da autorização prevista pelo art. 68 do Código de Processo Penal, no qual está disposto que o Ministério Público, quando o interessado à

reparação do dano causado pelo crime for pessoa reconhecidamente pobre, poderá promover a ação cível prevista pelo art. 64 desse mesmo Código (ação de ressarcimento do dano) ou mesmo a execução da própria sentença criminal condenatória (art. 63 do C.P.P.), quando o titular do direito à reparação assim o requeira. Aí está um caso de indiscutível substituição processual pelo "Parquet" — como têm entendido, à unanimidade, os doutrinadores de nosso Direito Processual, civil ou penal, quando abordam a teoria geral do processo, campo comum a ambos os ramos desse direito acenado.

Se autorizado a agir dessa forma extraordinária, o chamado órgão de defesa dos interesses indisponíveis, evidente está que o legislador encontrou nesses casos referidos, como em outros em que essa legitimação anômala ocorre, interesses de ordem pública a serem amparados de maneira mediata. Seria a defesa do interesse particular diretamente e do interesse geral motivador da legitimação, indiretamente — como foi exposto quase no início deste apanhado (ítem 4). Tem-se aí a questão já abordada da administração pública de interesses privados.

Tal tutela de direitos indisponíveis autoriza o Ministério Público, ainda mais acentuadamente do que ocorre com outros casos de substituição processual, alheios às idéias da instituição, à defesa plena dos direitos em razão dos quais foi legitimado a agir em "equiparação" ou "equivalência" (usando-se as expressões sugeridas por Mariz de Oliveira Júnior) ao seu titular.

Portanto, cremos que autorizado o "Parquet", pelo mencionado art. 68 do Cód. de Proc. Penal, a executar uma sentença criminal condenatória, para efeito de reparação do dano resultante do delito, certo é que poderá o seu agente pleitear, para essa defesa efetiva e para a obtenção da prestação jurisdicional em sua plenitude, todas as medidas acautelatórias e assecuratórias dos interesses da pessoa atingida e prejudicada, próprias ou impróprias, de caráter acessório ou independente.

Poderia o Ministério Público propor então — na qualidade de substituto processual — uma ação cautelar de arresto ou uma ação revocatória, por exemplo.

O interesse público motivador da legitimação anômala dá, assim, maiores lastros a que tal ocorra, não só nos casos de substituição que serviram de exemplos, como também em todos aqueles para os quais o legislador encontrou interesses públicos motivadores da legitimação extraordinária do Ministério Público.

A interpretação literal e isolada do art. 81 do Cód. de Proc. Civil brasileiro poderia vir em detrimento, portanto, de interesses de ordem pública a cuja defesa foi autorizado o "Parquet" — o que seria, sem sombra de dúvida, um rematado contrasenso.

9. A EXTENSÃO DA LEGITIMAÇÃO PARA AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE FALÊNCIA E EM DECORRÊNCIA DELE

Levando-se em conta a possível extensão da legitimação anômala para agir, além das fronteiras da ação onde originariamente ela se deu, vamos ver que, face à ocorrência da decretação do estado de insolvência de um comerciante (falência), também poderá o substituto processual pleitear medidas que visem à satisfação plena dos interesses pleiteados naquela ação que, diante do que dispõe o art. 24 da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21/6/1945), ficou suspensa.

Deverá ele acorrer, também legitimamente, ao juízo da falência a ali pleitear a habilitação do crédito objeto da ação que exerce em nome próprio, cujo titular (da relação substancial) nem mesmo precisará manifestar-se para que isso ocorra, desde que tenha dado aquela manifestação inicial, — quando exigida — como no caso do art. 68 do Cód. de Proc. Penal.

Mas não só aí ficaria a atuação, além fronteiras, do substituto processual, pois extrapolando ainda do processo falencial, poderiam ser pleiteadas medidas dele decorrentes. Seria o caso de ser pleiteada a ação revocatória prevista pelo art. 53 combinado com o art. 55 do Decreto-lei nº 7.661, para a prova da fraude existente que viria em prejuízo de todos os credores da massa, inclusive daquele a quem o Ministério Público substitui na relação processual para a qual foi expressamente autorizado a agir.

Assim que o Ministério Público, estando autorizado a executar uma sentença criminal para a reparação de dano causado por um comerciante àquele a quem substitui, por certo poderá habilitar-se no processo falimentar e, no caso de não propor o síndico a ação revocatória prevista pelo art. 55 da Lei de Falências, no prazo de trinta dias contados da data do aviso de realização do ativo e liquidação do passivo da mesma falida (art. 114 do Decreto-lei nº 7.661), virá então a pleitear, ainda em nome próprio, defesa de direito do credor do falido e — aí também substituindo a figura do síndico — a ação revocatória do ato fraudulento praticado também em detrimento do titular do direito subjetivo de ordem material que surgiu da ação criminosa.

Nesse caso, teríamos então o agente Ministerial substituindo o credor da obrigação resultante do delito e também atuando em substituição ao síndico que deixasse de agir no prazo a ele estipulado. Ocorreria aí uma verdadeira substituição da substituição, ou seja, o Ministério Público agiria substituindo quem também estaria autorizado a substituir o síndico da massa falida — e isso na perseguição, além fronteiras da ação originária da legitimação anômala, objetivando o interesse público que orientou o legislador, como também

na busca da prestação jurisdicional plena e, portanto, efetivamente justa.

10. CONCLUSÕES

Por essas razões todas, nos parece legítimo concluir que:

a) O substituto processual poderá, em decorrência de sua legitimação extraordinária para agir, pleitear — extensivamente — também ações de caráter acautelatório, próprias ou impróprias, pois o art. 6º do Código de Processo Civil não restringe a defesa do direito alheio aos campos da ação onde a legitimação anômala foi originalmente autorizada, devendo ele ser defendido até a obtenção de uma prestação jurisdicional efetivamente justa.

b) Ao Ministério Público mais ainda caberá, exercer em sua plenitude a defesa do direito alheio, para a qual foi legitimado extraordinariamente, pleiteando, por extensão, medidas assecuratórias ou preventivas, mediante ações cautelares, próprias ou impróprias, porque sua atuação extraordinária decorre de um interesse público que será, em razão dela, indiretamente atingido.

c) Pleiteando extraordinariamente, por extensão, no juízo da falência, o Ministério Público poderá vir a substituir o síndico — atuando, curiosamente, em substituição ao credor da — massa que, por sua vez, teria a legitimação anômala autorizada pelo art. 55 da lei falimentar.

BIBLIOGRAFIA: 1. Obras citadas

Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil — Alfredo Buzaid.

Instituições de Direito Processual Civil — José Frederico Marques (vols. I, II e V).

Substituição Processual — Waldemar Mariz de Oliveira Júnior. MP (Revista do Ministério Público Paranaense) — nº 6, ano 1976.

Processo Cautelar — Humberto Theodoro Júnior.

Medidas Preventivas — Medidas Preparatórias — Medidas de Conservação — Alfredo de Araújo Lopes da Costa.

Obrigações — Orlando Gomes.

Curso de Direito Civil — 1º vol. — Miguel Maria de Serpa Lopes.

2. Obras também consultadas

Comentários ao Código de Processo Civil — 1º vol. (tomos I e II) — Celso Agrícola Barbi.

Comentários ao Código de Processo Civil — tomos I e II — Pontes de Miranda.

Tratado de Direito Comercial Brasileiro — vol. VII (Da Falência e da Concordata Preventiva) — José Xavier Carvalho de Mendonça.

Comentários à Lei de Falências (vols. I, II e III) — Trajano de Miranda Valverde.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O MINISTÉRIO PÚBLICO: COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

Geraldo Batista de Siqueira
Procurador da Justiça e Professor de Direito Penal e Processo Penal da U.C.G.

SUMÁRIO

1. Considerações Gerais
2. Enfoque sob que deveria ser vista a Reforma
3. Composição dos Tribunais
4. Composição dos Tribunais Federais
5. Tribunais Estaduais
6. Conclusão

I — CONSIDERAÇÕES GERAIS

Durante meses, anos até, nos meios forenses, o tema que se impunha à discussão fora o da reforma do Poder Judiciário. Visualizavam-no sob ângulos variados: ampliação do número de Varas, Câmaras; criação de novos Tribunais, especialização de Câmaras, da Magistratura; critérios novos, como métodos seletivos de promoção, dentro da magistratura, através de concurso, inclusive no acesso à instância superior, etc.

Sugestões, para a composição e funcionamento do Conselho Superior da Magistratura. Até a majoração de vencimento da magistratura estaria nas metas da revisão pretendida.

II — ENFOQUE SOB QUE DEVERIA SER VISTA A REFORMA

As sugestões, àquelas alturas, volumosas, a consumirem toneladas de papéis, como assinalara o eminente Min. Aliomar Baleeiro, em conferência na Universidade Católica, deveriam dirigir-se ao povo, posto que é quem na busca da prestação jurisdicional, bate às portas dos Tribunais, ansioso por um ofício jurisdicional tão justo quanto rápido, solucionando conflito de interesses, presentes a todo instante numa sociedade envolvida em complexa massa de problemas humanos.

Produtividade e produção, sem olvidar-se a qualidade, eis as questões nas quais se debatem nossas instituições judiciárias. A segunda deve, por consequência, vir da primeira, sob a pena de respondermos por um onerosíssimo aparelho judiciário, sem a eficácia esperada. Até mesmo a reivindicação remuneratória seria possível e corolário do melhor desempenho da máquina judiciária, conforme a opinião de ilustres magistrados desta Capital e do interior do Estado.

A qualificação, portanto, estava nos imperativos da reforma judiciária, consumada, inicialmente, com a Emenda Constitucional nº 7.

Todavia, o esquecimento da composição dos Tribunais Estaduais, fugia ao espírito da reforma.

III — COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Os Tribunais, na sua composição, deveriam refletir a média do pensamento forense. Haveria de apurar-se, cristalizada, a experiência diuturna do forum.

Aliás, Piero Calamandrei, o grande sistematizador das medidas cautelares, em sua festejada obra "Elogio dos Juízes", à página 51, já escrevia: "Encontrar os argumentos, missão do advogado, é tecnicamente mais árduo que escolher entre esses argumentos descoberto pelos defensores. É isto que faz o juiz". E, à página 59, no mesmo trabalho, sustenta o autor ser o Ministério Público, entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, isto é, entre Juiz, Promotor de Justiça e Advogado (1).

O colega gaúcho, Lauro Nelson Fornari, em "Aspectos Controversos do Processo Penal Brasileiro (2) em feliz passagem relata o estado de espírito de um Juiz gaúcho o qual, segundo ele, num assomo de sinceridade, afirmara ser a jurisprudência obra dos Advogados. Na mesma publicação: "E de fato assim é, porque na formação da jurisprudência, e, através dela, na formação do direito, o pensamento do juiz é, normalmente um "posterium": o prius corresponde ao pensamento do advogado. Eduardo J. Conture".

O mesmo, e com destacada ênfase, no campo do processo penal, tanto que não escapara à aguda observação de Calamandrei, é de ser interpretado em relação ao Ministério Público nesta grandiosa tarefa de afirmação e retificação Jurisprudencial, como vem ocorrendo a partir do uso do Recurso Extraordinário, cuja liderança deve tocar a nossa instituição, no Estudo de São Paulo. E a partir do Código de Processo Civil, de 1973, em cuja elaboração já se fazia presente a experiência do "Parquet", afastadas que foram disposições, ensejadoras de absurdas decisões, limitativas de sua legitimidade recursal.

Pouca restrição sofre, hoje, a legitimidade recursal do Ministério Público, em favor do réu, perante os Tribunais, inclusive, informa Tourinho Filho em "Prática Penal" (3) e "Processo Penal" (4), no Supremo Tribunal Federal. É entendimento jurisprudencial resultante de atividade do Ministério Público, interpretando o verdadeiro sentido de sua presença em relação processual, ainda que por ato iniciatório de sua autoria.

Com a apreciação acima não se pretende sobrelevar função alguma. Todas assumem relevo, porquanto imprescindíveis à formação, desenvolvimento e encerramento de relação processual. O saudoso juiz Ivo Angrisani Dória em "Estudos do Processo Penal", escrito em memória ao Min. Manoel da Costa Manso, tem essa ilustrativa passagem: "O Poder Judiciário coopera com o Ministério Público em igual proporção na obra de realização prática do direito" (5). A formação do direito, através da jurisprudência, linhas retro ditas, é obra do autor (MP) da defesa e do julgador.

Convergente embora o fim que leva, Juiz, Advogado e Ministério Público ao processo inegável é a diversidade vivencial de cada qual, dentro da cena judiciária.

Completam-se, portanto, só unidos. A interação que se estabelece, da relação entre os três — o processo já é uma relação jurídica, segundo o magistério de Oskar Bülow (6) e outros, dá-nos uma perspectiva mais engrandecida, do fenômeno social, sobre o qual venha a incidir tratamento jurisdicional.

O ideal de justiça, que estaria explicado, segundo um conceito substancial, estaria, sem dúvida, menos distante, numa composição paritária, pelos motivos sociológicos, já assinalados.

IV — COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS FEDERAIS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O ideal do Tribunal, análgama de experiências, vivências, oferece-nos o Supremo Tribunal Federal.

Exigindo-se no art. 118 e 118, § único, da Carta Magna, não alterado pela Emenda Constitucional nº 7, além de determinada faixa etária, os requisitos da conduta ilibada e do saber jurídico integra-se assim, sempre sucedeu, o Colendo Supremo Tribunal Federal, de ilustres nomes da Advocacia, da Magistratura e do Ministério Público. Três a quatro ex-membros do "Parquet". Não é só o extraordinário J B. Cordeiro Guerra, que nós de Goiás aprendemos a admirar, a partir do I° Congresso Goiano do Ministério Público.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSO

Na composição desse Tribunal, art. 121, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, dos vinte e sete ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República quinze (15), pouco além da metade, são escolhidos entre juízes federais; *quatro* dos quadros do Ministério Público Federal, *quatro* de advogados. E a maior e mais avançada inovação, que dá mais subsídio a proposta, que ao final visa: os restantes quatro componentes do Tribunal são recrutados sem prevalência para a magistratura, dentre os magistrados ou membros do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Este Tribunal, funciona com cinco Ministros Civis, três deles pertencentes à classe dos advogados distribuindo-se os dois restantes entre magistrados e membros do Ministério Público.

Aqui é sobeja a preferência pelos Advogados.

Até bem pouco representava o Ministério Público, naquela Corte, Alcides Carneiro, saído das fileiras do MP, do hoje Estado do Rio de Janeiro.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Na superior instância trabalhista para onze juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente da República com a prévia aprovação do Senado Federal, quatro deles vem das fileiras do Ministério Público e da Advocacia (art. 141, § 1°, CFB).

A mesma distribuição se observa em relação aos Tribunais Regionais (141, § 5°, CF).

TRIBUNAIS ESTADUAIS

Insustentável é a composição atual, principalmente em face dos objetivos norteadores da Reforma Judiciária. Aliás, desde o então cons-

tituinte Milton Soares de Campos, defensor da emenda, ao final vitoriosa (7), a razão invocada para a participação, com quatro quintos de magistrados, nos tribunais estaduais, estaria no motivo destes pertencerem a uma carreira muito penosa, de sorte que mais aceno de escala, deveriam ser-lhes feito (8).

Em virtude de tais argumentos não lograram vitórias as emendas Agamemnon Magalhães, mandando colocar um terço no lugar de um quinto e a de Mário Masagão, a metade (Constituição brasileira de 1946, José Duarte, 2º volume, pág. 453).

Sucede que o deputado paulista, Mário Masagão, autor da emenda mais avançada, rompendo mais profundamente com a tradição, que levara Milton Campos à posição adotada (ob. citada, pág. 454) era um *ex-Desembargador*. Sustentava, portanto, é de concluir-se, a inovação, a quebra da tradição que às vezes "são algemas no progresso", com a responsabilidade de quem vivera a problemática da composição dos Tribunais Estaduais e naquele momento (Constituinte de 1946) já como advogado.

A filosofia, que estaria a informar a reforma, sobre a qual tanto se discutiu, *é o interesse nacional*. Para ele deveriam voltar-se as preocupações dos responsáveis pelos destinos nacionais que, por certo, atenderiam mais esse justo anseio de reforma.

Diante de tantas considerações, relevando-se entre elas a inovação da Emenda Constitucional nº 7, atribuindo ao Ministério dos Estados e Distrito Federal, em paridade com a magistratura, quatro vagas das que serão acrescida ao Tribunal Federal de Recurso, ousamos, após a Reforma do Judiciário propor nova modificação constitucional ao fito de melhor atualizar a alteração já consumada.

VI — CONCLUSÃO

Os Tribunais Estaduais, compor-se-ão de Juízes de Direito, membros do Ministério Público e Advogados, na proporção de um terço para cada representação.

A proposta atual, inspirada nas emendas Agamemnon Magalhães e Mário Masagão teriam que evoluir face ao período histórico que as suscitaram, 1946, posto que com o tempo registra-se notável e surpreendente desenvolvimento do Ministério Público no Brasil inteiro. Desenvolvimento cultural e organizacional. O novo Código de Processo Civil, o Projeto 533, de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional estão a comprovar tal assertiva.

O número de professores universitários, às dezenas. Mais de uma centena de livros publicados, só nos últimos anos.

É temos emendas do Projeto de Reforma Judiciária, 197 e 198, dos Senadores Leite Chaves e Franco Montoro, respectivamente, propondo para dois quintos a participação, nos Tribunais, de membros do Ministério Público e da classe dos advogados, emendas fundadas na orientação da própria reforma, "que aumentara para quase 50 por cento a participação dos representantes das duas classes no Tribunal Federal de Recurso, donde não se compreendeu que, nos demais Pretórios fique reduzido a 1/5, como acontece atualmente" (9).

BIBLIOGRAFIA

1. PIERO CALAMANDREI — Eles, os Juízes.
2. LAURO NELSON FORNARI THOMÉ — Aspectos Controversos do Processo Penal Brasileiro — Justitia — 58.
3. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO — Prática Penal, 5ª Edição, Jalovi.
4. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO — Processo Penal, vol. 4, 2ª Edição, Jalovi.
5. HELIO IVO AUGUSANI DORIA — Estudos de Direito Processual.
6. OSCAR VON BÜLOW — Excepciones Procesales Y Pressupostos Procesales.
7. JOSÉ DUARTE — A Constituição Brasileira, 2º Volume.
8. JOSÉ DUARTE — Ob. Citada.
9. TRIBUNA DA JUSTIÇA — nº 894.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS CRITÉRIOS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Luiz Carlos Biasutti
Promotor de Justiça — Minas Gerais

1°) — CRIMES CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL

Efetivamente os civis, conforme o art. 129 § 1° da Constituição Federal só podem ser submetidos ao foro militar para repressão de crimes relacionados com a segurança nacional ou as instituições militares. A maior inovação que encontramos na atual Constituição é justamente no capítulo dedicado ao executivo, de uma seção especial relativa à "segurança nacional". E a novidade maior é o princípio afirmado no art. 86: "Toda pessoa natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei". Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "O texto é vago. Vago, na medida em que a referência à segurança nacional e às obrigações de cada um para com ela nada esclarece nem sobre aquela nem sobre o conteúdo destas."

Entendemos que segurança nacional é o conjunto de bens jurídicos e interesses relacionados com a segurança do governo, do regime e a próprio personalidade do Estado.

"A motivação política é elementar aos crimes políticos, constituindo elemento subjetivo do tipo. Poderia dizer-se, adotando a nomenclatura clássica entre nós, que o fim de atentar contra a segurança do Estado constitui o dolo específico indispensável nessa categoria de delitos." (Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal).

Entende ainda Fragoso que "uma ampliação do conceito jurídico de segurança nacional, que sempre se pôs na perspectiva dos ataques políticos à estrutura do Estado e de seus órgãos, para abranger outros tipos de criminalidade grave, porém sem qualquer finalidade política, constitui grave risco para a democracia, comprometendo um direito repressivo liberal, que é da nossa tradição."

Não há dúvida que muita coisa se procurou enquadrar dentro do conceito de segurança nacional e até simples comentários contra prefeitos do interior tem sido motivo de citações descabida para a legislação especial sobre "segurança nacional".

À Justiça Militar, "compete processar e julgar, os crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhe são assemelhandas", como ensina o artigo 122 da Constituição de 1967. O foro especial é da mais genuina tradição histórica do Brasil, podendo estender-se aos civis nos casos expressos para a repressão de crimes contra a segurança nacional ou instituições militares.

2º) — CRIMES CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL E CRIMES POLÍTICOS:

O organização da justiça brasileira é cada vez mais complexa e "só pode ser exposta se encarada, sucessiva e completamente, de dois pontos de partida diversos: o de caráter federal ou estadual de seus órgãos e o da competência constitucionalmente reservada." (Manoel Gonçalves Filho, o. c. pág. 236).

Todavia, bastante complexa é a conceituação de crimes políticos, por exemplo: Como definir os crimes contra a segurança interna do país, senão como crimes de natureza política? Como podemos definir os crimes contra a integridade nacional ou soberania, a não ser como crimes políticos? Não é possível, dentro da mesma lei, misturar conceitos, sem ferir a clareza e prejudicar a unidade. Há um conflito flagrante entre a lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, que criou novamente a Justiça Federal, Justiça esta que existira de 1891 a 1937, quando a Constituição do Estado Novo a suprimira, e o dec.-lei nº 314, de 13 de março de 1967, que definiu os crimes contra a segurança nacional.

Tal conflito atinge a Constituição de 1967 quando aponta os crimes políticos como de competência da Justiça federal.

Diz o texto da lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966:

Capítulo III — "Dos juízes federais",
Seção I — "Da jurisdição e competência"
Art. 10 — Estão sujeitos à jurisdição da Justiça federal:
....

V — Os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de entidades autárquicas federais..."

Na Constituição temos o mesmo:

"Art. 125 — Aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância:

.....

IV — Os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas..."

O problema é polêmico. Está flagrante a dificuldade de se coadunar os textos citados acima com o artigo 56 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969 que altera vários dispositivos do citado decreto-lei 314 sobre a segurança nacional. Afirma o dispositivo que "ficam sujeitos ao foro militar, tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, §§ 1º e 2º, da Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967, quanto ao processo de julgamento dos crimes definidos neste decreto-lei, assim como os perpetrados contra as instituições militares". No seu contexto, esse diploma legal esbarra com a própria Carta Magna, pois esta foi bem clara na fixação da competência jurisdicional. Aceitamos que após a revolução de março de 1964 foi necessário dar um conteúdo de força militar aos delitos perpetrados contra o Estado e as instituições, mas admitimos também que o próprio movimento revolucionário, com meios que lhe são peculiares, encaminhou ao Congresso Nacional dois documentos importantíssimos como o projeto de lei da Justiça federal e o projeto da nova Constituição.

Cabe ao Judiciário dirimir as dúvidas. Por força do regime político adotado, cabe à Justiça federal velar pelo respeito aos preceitos da ordem constitucional e política. O dispositivo constitucional do artigo 119, nº IV é o que vale. Conforme se infere da Constituição de 1967 a competência jurisdicional é taxativa. É impróprio dar processo e julgamento no foro militar para os delitos políticos.

3º) — CRIMES COMETIDOS POR POLICIAIS MILITARES E CONTRA POLICIAIS MILITARES:

Se na ocntrovérsia doutrinária sobre os crimes de segurança nacional e crimes políticos a situação do Membro do Ministério Público Estadual é apenas de estudo, pois qualquer que seja a solução o problema estará entregue a Membro do Ministério Público Militar ou Ministério Público Federal, no caso de crimes cometidos por policiais militares a situação tem máxima importância para os membros do Ministério Público Estadual.

"A caracterização do crime militar é controvertida. Dois são os elementos básicos para tanto: o "pessoal" e o "material", isto é,

a qualidade militar do autor do crime e o fato de o ato ou a omissão incriminados estarem capitulados na lei penal militar. A esses critérios objetivos ordinariamente se acrescenta um elemento subjetivo, o "intuito", ou seja, haver sido o ato, ou a omissão, motivados por razão de serviço, de disciplina ou por interesse de classe. Assim, para haver crime militar haveria necessidade de se conjugarem todos esses elementos, ou, em certos casos, um objetivo e um subjetivo". (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o. c. pág. 243).

Em toda legislação posterior a 1964, está bem claro o conceito de que as Polícias Militares Estaduais estão subordinados ao Exército Nacional.

Assim lemos no Decreto-lei nº 667 no § único de seu artigo 1º:

"O Ministério do Exército exerce o controle e a coordenação das Polícias Militares, sucessivamente através dos seguintes órgãos, conforme dispuser em regulamento: (A)

a) Estado Maior do Exército, em todo o Território Nacional;
b) Exércitos e Comandos Militares nos territórios regionais."

Daí também o foro privilegiado para os membros das polícias militares. Assim estabeleceu a Constituição Federal no art 192:

> "São mantidos como órgãos de segunda instância da Justiça Militar estadual os tribunais especiais criados para o exercício destas funções..."

No artigo 139 da Constituição do Estado de Minas Gerais lemos:

> "A Justiça Militar Estadual, constituída pelos Conselhos de Justiça, como órgãos de primeira instância, e pelo Tribunal de Justiça Militar, como órgão de segunda instância, terá sede, organização e competência estabelecidas na resolução de organização judiciária, observada a legislação federal."

Finalmente a "Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais", Resolução nº 61, de 8 de dezembro de 1975, ao definir a competência da Justiça Militar deu a seguinte redação ao artigo 302:

> "A Justiça Militar, compete para conhecer dos crimes militares praticados pelos oficiais e praças da Polícia Militar e dos seus assemelhados, bem como dos crimes cometidos por militares da reserva, reformados ou civis, nos casos especificados na legislação penal militar, é administrada em todo o território do Estado: I — pelo Tribunal de Justiça Militar; II — pelas Auditorias; III — pelos Conselhos de Justiça.

Em resumo, esta é a legislação principal para efeito da incidência da lei penal militar, aos militares da polícia estadual. É no artigo 9º do Código Militar, nos itens II e III que encontramos o compêndio dos crimes militares.

Senão vejamos:

"II — Os crimes previstos neste código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado em lugar sujeito à administração militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formação militar, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil:

d) por militar, durante o período de manobra ou exercício, contra militar da reserva ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem militar;

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal.

"III — Os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobra;

d) ainda que fora de lugar sujeito à administração militar contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou em obediência à determinação legal superior."

Pelo exposto, os itens A, B, E do inciso II, bem como os itens A, B, C, do inciso III não oferecem dificuldades de interpretação. Na ocorrência de crimes previstos nas hipóteses enumeradas a competência será sempre da Justiça Militar. Os demais itens trazem dúvidas e perplexidades. O que o texto legal prega e a prática jurisprudencial dos tribunais não aceita são estes itens:

a) Crime praticado por militar da ativa em serviço, contra civil fora de lugar sujeito à administração militar (artigo 9º, inciso II letra "C" do Código Penal Militar);

b) Crime praticado por militar da ativa durante período de manobras ou exercício, contra civil (artigo 9º, inciso II, letra "D" do Código Penal Militar);

E muito menos ainda:

a) Crime praticado por militar da ativa, que embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar (artigo 9º, inciso II, letra "F" do Código Penal Militar;

b) Crime de militar da reserva ou reformado, ou por *civil* contra as instituições militares, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência à determinação legal superior."

Vejamos as opiniões sobre o assunto:

— Em maio de 1972 em estudo publicado em "LEGISLAÇÃO MINEIRA", o ilustre Promotor Joaquim Cabral Neto escrevia:

"O policial militar não está nos destacamentos, subordinados ao Delegado de Polícia Civil, mas ao Comandante do Destacamento. Este por seu turno, não se lhe submete, determinando aos seus comandados as providências por ele solicitadas desde que

legais, sob pena de responsabilidade. Esta é a grande distinção à qual, na maioria das vezes, não se tem atentado; integrantes de destacamento estão sujeitos ao seu Comandante (que é militar), e este não o está à autoridade civil do Delegado. Trabalham juntos, mas sem vínculo de subordinação. Assim é que não se pode dizer que "soldados da Força Pública em serviço nas delegacias de polícia, estão subordinados à autoridade civil" (STF. h.c. nº 38.646, de 26 de maio de 1961)". "As hipóteses de crime militar, cometidos por policiais militares, assumem, como vimos, maior importância para os membros do Ministério Público Civil, nos casos do art. 9º, II, C, F, e III, D, do Código Penal Militar. Na ocorrência dos mesmos, se erroneamente tiver sido feito o inquérito policial, os membros do Ministério Público, no momento oportuno, deverão levantar a exceção de incompetência da Justiça Comum para processar e julgar os indiciados, a fim de que o processo devido seja instaurado ante a Auditoria Militar Estadual".

As opiniões deste brilhante colega, na época, causaram muita celeuma e o próprio Procurador Geral do Estado, hoje o insigne Desembargador Dr. Luna Carneiro saiu em campo com uma circular lembrando aos promotores que a súmula 297 ainda estava em pleno vigor.

Todavia em 1976, na revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, JUSTITIA, nº 92, o Promotor de Justiça Militar, o ilustre Luiz Marcelo Inacarato apresenta outro trabalho substancioso sobre a matéria, e, chamando a Súmula 297 do Supremo Tribunal Federal de "senecta". Diz ele:

"Sem dúvida, a referida súmula se encontra hoje inteiramente desmetivada, de vez que o militar, quando se encontra de serviço, *não se desvincula jamais do comando militar,* sendo certo também, que as funções policiais militares se encontram atualmente definidas e conceituadas com exatidão do Regulamento nº 200, já referido, de molde a não admitir hoje, as controvérsias que tinham vez em 1963, data em que surgiu a citada ementa".

Igualmente o Promotor Militar Odilon de Ávila Flores, em processo originário de nossa Comarca assim se expressa:

"Ao nosso modo de ver, considerando o texto seco da lei, a declinatória da competência seria procedente, relativamente aos atentados praticados contra os dois soldados (art. 9º, no III, letra "D", segunda parte do C.P.M.), pois ambos estavam no serviço de vigi-

lância do presídio. Todavia a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal já é torrencial, no sentido de que o serviço de policiamento, realizado pelos Policiais Militares, é função de natureza civil, e, como tal, não gera delitos militares (súmula 297)."

As opiniões acima são todas favoráveis à aplicação do C. P. Militar. Contudo todos são unânimes que a legislação militar esbarra sempre na Súmula 297 do Supremo Tribunal Federal que diz: "Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles."

Em recente entrevista ao JORNAL DO BRASIL, o Ministro Aliomar Baleeiro falando sobre os crimes contra a segurança nacional e seu julgamento (e há analogia no caso) disse:

"— Sou partidário da Justiça comum e até do Júri, muito embora reconheça que a Justiça Militar brasileira é infinitamente melhor do que a análoga dos Estados Unidos. Tenho relatado ou participado de julgamentos de vários recursos oriundos de condenações de civis pela Justiça Militar e posso depor que ela tenta, muitas vezes consegue, tornar menos repugnante uma lei draconiana e insensata como a chamada de Segurança de 1969" — (J.B., caderno B, 26/1/77).

Já em 1972 o Ministro Amaral Santos explicava que a competência da Justiça Militar, que, na vigência da Constituição de 1946, apenas abrangia os crimes contra a segurança nacional externa, foi ampliada depois, para compreender também os cometidos contra a segurança interna e que o conceito de crime político é largamente controvertido na doutrina, sendo respeitável a opinião dos que sustentam à sua configuração a existência do móvel político e que finalmente o conceito de segurança interna não é imutável, e, sim varia no tempo e no espaço.

Do mesmo modo costumam concluir os estudiosos sobre o mesmo assunto: competência da justiça militar estadual ou justiça comum declarando, em suma, que vivemos em tempo de transição.

"CONCLUSÕES"

Na prática podemos concluir o seguinte:

a) Principalmente no caso da Justiça Militar Estadual a tendência *é restringir ao máximo a sua competência;*

b) Esta interpretação restritiva é absoluta no caso de julgamento de civis. O Ministério Público Estadual deve sempre estar atento a isto ao oferecer denúncia. "In dubio pro societate civile".
Teoricamente impõe-se:

1°) — Que a Carta Magna (em reforma no que tange à Organização Judiciária) adote orientação mais definida em relação ao Ministério Público, preparando a instituição para um comportamento mais vigoroso, conforme as exigência sociais e a realidade política nacional;

2°) — Que se encontre um *meio termo* neste problema de competência civil e militar, e, que tudo seja corporificado em legislação, sem dubiedades, sem casuística polemista, evitando-se conflitos de competência que, geralmente, só trazem prejuízos para a própria aplicação da justiça.

BIBLIOGRAFIA CITADA

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 1975; 5ª edição.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1974.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Lições de Direito Penal, Parte Especial, José Bushatsky Editer, 3ª edição, 1976.

Legislação Penal Militar, Organização e notas Nilson Vital Naves, Ed. Forense, 1976, 2ª edição.

Coletânia de Legislação da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Editora Leni.

J. CABRAL NETO, Da competência para Julgamento de crimes cometidos por Policiais Militares, na "Legislação Mineira", e edição de maio de 1972, nº 54.

LUÍS MARCELO INACARATO, Polícia Militar — Justiça Militar Estadual — em JUSTITIA, órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1° trimestre de 1976 — vol. 92.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

FATORES IMPERATIVOS PARA A AFIRMAÇÃO DEFINITIVA DA INSTITUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Paulo Olímpio Gomes de Souza
Promotor Público

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO
II. SÍNTESE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DA INSTITUIÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA
III. TENDÊNCIAS
IV. FATORES IMPEDITIVOS DA AFIRMAÇÃO DEFINITIVA DA INSTITUIÇÃO
1. Fatores Políticos
a) Dependência política do Procurador Geral da República e Procuradores Gerais dos Estados aos respectivos órgãos executivos
b) Atividades político-partidárias de membros do Ministério Público
2. Fatores de Ordem Funcional
a) Representação judicial de entidades estatais
b) O exercício da advocacia pelos agentes do Ministério Público
V. EPÍLOGO
VI. CONCLUSÕES

I — INTRODUÇÃO

Vive hoje o Ministério Público, sob o impacto de reformas constitucionais e dos Códigos, momentos de expectativa e de apreensão. É que não se sabe ainda que grau de importância lhe será atribuído

no contexto da legislação vindoura, que funções lhe serão cometidas ou subtraídas, enfim, que sorte lhe tocará nesse momento de transição legislativa por que atravessa o Estado brasileiro e em especial o seu mundo jurídico.

Como órgão de Estado já tradicionalmente aceito e consagrado como indispensável para "se fazer observar a lei e a pronta e regular administração da Justiça" (1), difícil imaginar-se pudesse uma mudança legislativa trazer a intranqüilidade para os quadros do Ministério Público. Ante a relevância das suas funções no campo judiciário penal, ante as não menos relevantes funções do "Parquet" nas esferas do Direito Civil, Comercial, Trabalhista, Acidentário, Previdenciário, Administrativo, Fiscal, Eleitoral, etc., amparando, por dever de ofício, os menores, incapazes, trabalhadores, acidentados, ausentes, as instituições do casamento, da família, as fundações, as pessoas de Direito Público, é realmente de se estranhar, ainda no estágio atual de nosso Direito, se tenha que vir defender uma Instituição tão necessária e tão arraigada na consciência dos povos.

Todavia, a relativamente curta história do Ministério Público brasileiro demonstra que é ele, sem dúvida, "a Instituição que mais oscilações tem conhecido na marcha irreversível para situar-se condignamente nos vários ordenamentos constitucionais, devido, às mais das vezes, ao completo desconhecimento por parte dos legisladores de suas realizações no contexto jurídico-social, e das potencialidades que oferece, conquanto lhe sejam concedidos os meios adequados para agir" (2). E isso, entre outras causas, traz como conseqüência a insegurança e a instabilidade toda vez que, como agora, altera-se a Carta Magna, cogita-se da fixação dos lindes das atribuições do Ministério Público nos novos Códigos, ou se fala em modelar-lhe a estrutura orgânica através de uma Lei Complementar.

Não deveria ser assim, mas isso na realidade acontece, e o objetivo deste trabalho será, despretenciosamente, ressaltar esses males que já foram alhures apontados e diagnosticados, sugerindo, ao mesmo tempo, medidas capazes de, ao longo do tempo, fortalecer e alicerçar de tal modo a Instituição do Ministério Público para que jamais, como nos dias em que vivemos, fique ela a mercê de oscilações sócio-políticas, e permaneça, isto sim, acima de tais mutações, exercendo com absoluta isenção e independência os seus superiores desígnios.

Essa luta pelo definitivo reconhecimento não é nova, ao contrário, vem de longa data, como adiante se verá.

II — SÍNTESE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DA INSTITUIÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Ministério Público nasceu no Império. "É bem verdade que a sua evolução está limitada a da existência pura e simples como

funcionário do poder estatal e a do reconhecimento como Instituição". (3). Os Promotores, então, eram nomeados pelo Imperador no Município da Corte, e pelos presidentes nas províncias, por tempo indefinido, e serviam enquanto conviesse a sua conservação ao serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos pelo Imperador no Município da Corte ou pelos presidentes das províncias nas mesmas províncias. Assim era estabelecido pela Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Decreto nº 120 de 21 de janeiro de 1843. Embora viesse a se denotar, posteriormente, através do Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874, "sinal indicativo de um princípio de unidade e disciplina na Instituição" (4), a verdade é que, no Império, o Ministério Público estava muito mais próximo da figura medieval embrionária "Les Gens du Roi", representantes dos reis nos tribunais e da defesa dos seus interesses privados, que da noção moderna e altiva que se pretende dar à Instituição.

Com a República ganhou o Ministério Público uma nova feição. De fato, o Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que deu as bases da reforma da justiça do País, e após o decreto nº 1.030 de 14 de novembro do mesmo ano, que organizou a justiça do Distrito Federal, revestiram o Ministério Público como órgão institucional. E o autor de ambos os projetos, Ministro da Justiça Campos Salles, para muitos o "Precursor da Independência do Ministério Público do Brasil", justificando as garantias funcionais dadas aos seus agentes (vitaliciedade ao Procurador Geral, nomeação por 4 anos dos Procuradores Seccionais, com direito a inamovibilidade), apregoava ser o Ministério Público instituição necessária à organização democrática, advogada da lei e fiscal de sua execução, procurador dos interesses gerais e promotor da ação pública. "Essa aguda visão do Ministério Público, advogado da lei e não delegado do Poder Executivo, contrastava com a generalizada opinião da época" (5).

Mas, à aparente conquista legislativa, seguiu-se a involução constitucional. O constituinte de 1891 não cuidou de organizar o Ministério Público, apenas referindo que o Procurador Geral da República seria nomeado pelo Presidente da República dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Retiraram-se, logo após, as garantias concedidas pelos Decretos de 1890. Na 1ª República, pois, já se percebia claramente a ocorrência das oscilações antes referidas relativamente ao tratamento dispensado ao Ministério Público. Observe-se, outrossim, que nesse período, embora já se reconhecesse a existência de um Ministério Público no país, incumbido de relevantes funções, já com certa organicidade, continuava a Instituição estreitamente vinculada ao Poder Executivo e além disso não fora ainda catalogada entre os órgãos constitucionais.

Na Constituição de 1934 surgiu o Ministério Público com nova ênfase. Além de alcançar a condição de órgão formalmente constitu-

cional, deu-se estabilidade a seus membros e regulou-se o ingresso na carreira através de concurso, corrigindo-se ainda a anomalia pré-existente, qual seja a de ser o Procurador Geral da República escolhido dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Alvissareira, sem dúvida, a posição assumida por essa Constituição que colocava o Ministério Público como corpo autônomo, ao mesmo lado mas diferente da magistratura, ligado mas independente do Poder Executivo. Órgão, por si, do interesse público de que as leis e mais regras se cumpram.

Mas bastou a ocorrência de uma reformulação política no país, para que o Ministério Público nem fosse referido na Carta de 1937, que limitou-se a mencionar a forma de investidura do Procurador Geral da República.

Mas em 1946 retomou-se o caminho da Constituição de 1934, com importantes inovações. É regulado em título próprio o Ministério Público, no qual se previa a carreira, a nomeação mediante concurso e a estabilidade; a Constituição de 1967 o incluiu no Capítulo do Poder Judiciário, exigindo Concurso para ingresso na carreira e, finalmente, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 o deslocou para o capítulo do Poder Executivo, mantendo, porém, a exigência do concurso para ingresso na carreira.

Esse rápido retrospecto demonstra que o legislador constituinte hesitou sempre em dispensar ao Ministério Público um tratamento adequado, garantido-lhe uma posição de independência, relativamente aos outros poderes. Permite ainda concluir que se de um lado a instituição evoluiu organicamente (estruturação em carreira, admissão mediante concurso público, inamovibilidade e estabilidade de seus membros), não se estabilizou ainda no bojo constitucional, como seria de se esperar, na forma de um órgão constitucional autônomo, como preconizou Ruy Rosado de Aguiar Júnior (6), ou como órgão da soberania do Estado como espera Márcio Antonio Inacarato (7). E desse fato decorrem, iniludivelmente, conseqüências funestas para a Instituição, tais como a falta de garantias e a segurança dos meios para o exercício das funções que lhe devem ser cometidas. O que contrasta violentamente com as tendências atuais da Instituição do Ministério Público, e com a magnitude da tarefa que dela se espera na sociedade contemporânea, como adiante se verá.

Já extravasou o "Parquet" os lindes de sua "secular iniciativa na aplicação da lei penal e a diminuta intervenção no campo do direito de família". Assim, além de sua função nuclear e básica de órgão de ação penal, o Ministério Público tem hoje no processo civil largas funções como fiscal da lei e ampla potencialidade recursal para o exercício pleno dessas suas atribuições, cumprindo destacar ainda, entre outras, sua altíssima função de Guardião da Constituição, seja no âmbito federal, seja no estadual.

É inegável que o Ministério Público, paulatinamente, vai sendo erigido no defender da ordem jurídica. Essa é a tendência, conforme já salientava em clarividente trabalho M. Seabra Fagundes, no ano de 1961 (8): "Ao Ministério Público se cometeria suscitar a decretação de nulidade dos atos, legislativos ou administrativos, contrários à Constituição da República, às Constituições estaduais, ou uma lei qualquer, desde que a repercussão deles, pela generalidade de suas conseqüências, afetass de modo especial, o interesse coletivo, ou de qualquer maneira, um patrimônio público (da União, de algum Estado, Município, ente autárquico ou sociedade de economia mista).

"Com isso ter-se-ia armado o Estado, como organismo, de um eficiente sistema de auto controle da legalidade. As infrações à ordem jurídica não ficariam impunes, como tantas vezes ocorre, pela ausência de lesão a um direito subjetivo individual, ou pela inércia do Poder Legislativo no exercício do seu controle político sobre o Poder Executivo. A organização estatal disporia, em si mesma, de um mecanismo ativo e eficiente de resguardo da ordem jurídica. Não seria tão simples ao legislador ignorar a lei das leis, nem ao administrador agir arbitrariamente em razão de interesses influentes".

É de se compreender, pois, que as atribuições fiscalizadoras do Ministério Público não devam se restringir ao âmbito do Poder Judiciário, "mas é irrecusável exigência de nossos tempos que elas venham a se fazer sentir nas esferas dos poderes Executivo e Legislativo" (9).

Nesse sentido as palavras do Professor Alcino Paulo Salazar (10): "O Ministério Público no sistema Constitucional Brasileiro age na área dos três poderes — na do Legislativo, promovendo a declaração da inconstitucionalidade das leis; na do Executivo tomando a iniciativa das ações penais por infração das leis de ordem pública; e na do Judiciário como órgão da justiça e controlador da responsabilidade de seus agentes".

Por outro lado, no âmbito internacional, as tendências legislativas se orientam no sentido de outorgar ao Ministério Público não só atribuições explícitas, taxativamente enumeradas na lei, mas igualmente atribuições implícitas, concedendo-lhe poder para agir onde e quando ocorre violação da lei, atentados à economia popular, à ordem política e social, ou à segurança pública (11).

Tais tendências, que um dia consubstanciaram o sonho de Campos Salles, e que já são realidades efetivas nos ordenamentos jurídicos dos povos mais civilizados (12), têm encontrado sérios obstáculos para virem a se realizar integralmente no Direito pátrio.

Continuamos ainda na fase de "conscientização", como assim a chamou Clóvis Paulo da Rocha (13), em que a Instituição ainda pre-

cisa impor-se para realizar seus fins e aos seus membros, gradualmente, reconhecer-se e conferir-se os direitos e prerrogativas para o bom desempenho de suas funções.

Mas, pelo que se tem observado, está a parecer que todo o trabalho de conscientização, que todo o esforço no sentido de divulgar-se e valorizar-se o Ministério Público tê msido infrutíferos, pois ainda que exista o reconhecimento no mundo técnico-jurídico do aperfeiçoamento institucional, existe, concomitantemente, de parte do legislador uma deplorável e desalentadora confusão a respeito do assunto, tanto assim que, no limiar de reformas importantes e básicas, fica a Instituição a mercê das mais variadas inclinações, como um náufrago frente à tempestade, sem saber que destino lhe tocará.

Lamentável, sem dúvida, essa situação, mas até certo ponto justificada diante de uma série de fatores que historicamente tem funcionado como obstáculos e desvios, evitando que o Ministério Público brasileiro se encontre com sua verdadeira natureza. Esses fatores, além de tudo, trazem desconfiança e descrédito para a Instituição com reflexos evidentes na consciência dos legisladores, funcionando, assim, como entrave permanentes a impedirem o reconhecimento da autonomia do "Parquet".

IV — FATORES IMPEDITIVOS DA AFIRMAÇÃO DEFINITIVA DA INSTITUIÇÃO

Quando se fala em fatores impeditivos da afirmação definitiva do Ministério Público, cumpre distinguí-los: *externos* e *internos*. *Externos* seriam aqueles cujas causas estariam tão-somente fora do corpo da Instituição, produzindo seus efeitos de fora para dentro. Em sentido contrário, os *internos* seriam aqueles interligados ao próprio funcionamento da Instituição e que produzem efeitos de dentro para fora. Esclareça-se, no entanto, que tais fatores estão todos eles entrelaçados numa forte relação de causa e efeito, cujo resultado é o enfraquecimento do Ministério Público como Instituição.

Os *fatores externos* são: a) — inexistência de uma exata e definitiva conceituação na estrutura constitucional no Estado; b) — desconhecimento da essência, estrutura e finalidades da Instituição no campo da ordem social e jurídica.

Como se percebe agora, tais *fatores externos* já foram longamente analisados nos tópicos anteriores, pelo que passa-se de imediato ao exame dos *fatores internos* que são de duas ordens e admitem subdivisões, como se verá:

1. — FATORES POLÍTICOS

a) *Dependência política do Procurador Geral da República e Procuradores Gerais dos Estados aos respectivos órgãos executivos.*

Pela Constituição vigente, o Ministério Público, no plano federal tem como chefe o Procurador Geral da República, "nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada" (art. 95, "caput").

A escolha do Presidente da República não está sujeita a outras condições. Nomeado será para o cargo, aquele que, tendo mais de 35 anos, notável saber jurídico e reputadão ilibada, for livremente escolhido pelo Chefe da Nação.

Por outro lado, pode o Procurador-Geral propor a remoção de qualquer membro do Ministério Público Federal, "com fundamento em conveniência do serviço" (Constituição da República, artigo 94, § 1°) com o que, através dele, pode ficar todo o "parquet" da União sob rígido e imediato controle do Poder Executivo, no que tange à disciplina administrativa da Instituição (14).

E o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a regra constante no art. 94, § 1° da C.F., impunha aos Estados que determinassem a forma de escolha do Chefe do Ministério Público, em consonância com o paradigma da Constituição do Brasil (15).

A doutrina, entretanto, reconhece a inconveniência dessa situação. Pontes de Miranda, a respeito, acentua: "Porque manteve a demissibilidade "ad nutum" do Procurador Geral da República, que é o Chefe do Ministério Público federal em toda a justiça, o que permite ao Estado-membro (e lhe sugere) considerar igualmente demissível o Procurador Geral do Estado. Órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independênria que fora de mister à concepção do Ministério Público (fiquem aqui nossos votos para que a futura emenda constitucional faça eletivos, por eleição direta ou indireta, *pelo menos*, o Procurador Geral da República, os Procuradores Gerais dos Estados-membros, do D.F., dos Territórios e os Procuradores perante os Tribunais Federais". — E mais adiante:

> *"O Procurador Geral, aqui fica "de lege ferenda" o nosso voto contra o rebaixamento de uma das mais delicadas missões da República, precisa ser eleito e não nomeado e demissível"*. (16).

Embora o ilustre mestre diagnostique perfeitamente o mal e seus inconvenientes, está a parecer que a solução por ele alvitrada (eleições) não seria a mais aconselhável, tendo em vista o envolvimento político conseqüente a que estariam sujeitos os órgãos do Ministério Público.

É de crer-se que a indicação pelos membros do Ministério Público, ou de um de seus órgãos, de lista plúrima a ser submetida ao Chefe do Estado, contribuiriam decisivamente para a grandeza e independência da Instituição, e seria por ora a melhor solução. Esta última, aliás, já é conquista do Ministério Público do Estado de São Paulo, cuja organização é modelar no Brasil.

De qualquer forma, a escolha sem limitação do Chefe do Ministério Público deve ser banida, porque oferece, como observou Alcalá Zamora: "El grave inconveniente de inmiscuir al ejecutivo en una esfera donde nada tiene que hacer". (17)

b) *Atividades político-partidárias de membros do Ministério Público.*

Impõe-se criar sempre maior isenção funcional para os membros do Ministério Público, vedando-lhes atividades político-partidárias, e ampliando o teor de suas garantias.

Os órgãos do Ministério Público são, como acentua magistralmente Seabra Fagundes (18) "e serão cada vez mais os servidores responsáveis pela normalidade da ordem jurídica, e o maior prestígio que a investidura lhes acarreta, a deilcadeza das missões que lhe são cometidas e a especial confiança que devem inspirár ao povo, sugerem que a aceitação do cargo corresponda à abstenção de atividade político-partidária. O que, de resto, não significa neutralidade em face dos problemas nacionais e das opiniões políticas, mas, tão-somente, o dever de discreção no comportar-se em relação a uns e outros, a não participação no jogo das paixões partidárias, a impossibilidade de externar conceitos em favor ou contra partidos ou partidários, a proibição de concorrer a postos eletivos. Essa posição ideal, e que só um ou outro Estado adota, se impõe, para o maior prestígio da Instituição, principalmente se se lhe amplia a iniciativa em defesa da ordem jurídica a um plano eminentemente sensível à política partidária. Essa circunstância, colocando os membros do Ministério Público, muitas vezes, em choque com titulares dos Poderes Executivo e Legislativo, nos âmbitos da União, dos Estados e dos Municípios, exige se forrem eles a suspeitas de servir a interesses partidários, ao invés de propugnar, sinceramente, pela preservação da legalidade. E a proibição de atividade político-partidária será um dos instrumentos melhores a protegê-los contra tal suspeição e a formar neles, gradativamente, acon sciência da neutralidade política no sentido de reserva e abstenção diante das lutas dos candidatos, das medidas menos felizes dos governantes, do melhor tratamento da coisa pública".

2. — FATORES DE ORDEM FUNCIONAL

a) *Representação judicial de entidades estatais*

Seja por razões de ordem prática (a onerosidade de manutenção de advogados das Fazendas Públicas, ao lado dos titulares de Promotorias e Curadorias), seja por outras razões, a verdade é que, no plano federal, e ainda em muitos Estados-membros, confundem-se as funções da defesa judicial das entidades estatais com as do Ministério Público.

Pelos inconvenientes que isso acarreta, os membros do Ministério têm lutado para que se acentue a linha demarcatória entre a Instituição e a representação judicial do Estado: "Na União, por força do dispositivo constitucional ,a confusão entre a atividade especificada do Ministério Público com a de representante judicial da União é total. A tal ponto que aos Procuradores Regionais da República nos Estados ou aos Subprocuradores da República que funcionam perante as mais altas Cortes do País, não é dado opinar livremente nos processos, em geral, e nos mandados de segurança, em especial, desde que ocorra interesse da União, como pessoa jurídica, ainda que contra ele contraponham os chamados "interesses indisponíveis" já aludidos". (19). "Outro fator que empece a atividade do Ministério Público é a atribuição a ele do patrocínio de interesses fazendários, seja nos executivos fiscais, seja na representação da União nos processos da Justiça Federal, ou em outros casos que tais. Se a representação do fisco marcou uma etapa da Instituição, essa etapa já está definitivamente superada. Hoje já não se confunde o Estado com um de seus elementos, que é o governo, confusão essa que já teve época. Defender o Estado, como comunidade, não é o mesmo que defender os interesses do Governo. Pelo contrário, são interesses que muitas vezes se chocam". (20).

É verdade que em alguns Estados já não existe a representação judicial das entidades estatais pelo Ministério Público, pois nesses instituiram-se a Consultoria Geral do Estado, ou a Procuradoria Geral do Estado, para a representação em juízo do Executivo e da administração em geral, ficando à Procuradoria Geral da Justiça o exercício da função ministerial pública. Daí observar-se que no âmbito regional o Ministério Público, está mais um passo do Federal na sua realidade

É de se lamentar que, embora já reconhecidas na área estadual, as incompatibilidades existentes entre as duas atividades e já iniciadas as metas de desvinculação dos fins objetivados, persista a União a manter o arcaico requisito do Ministério Público preso aos interesses do Executivo.

É chegado o momento de alterar-se essa situação, que vem de longa data desvirtuando a Instituição do Ministério Público. Cumpre delimitar as suas funções no âmbito federal e em alguns Estados, livrando-a de encargos que fogem claramente à sua natureza, ensejando-se com isso maior força em sua atuação e mais autoridade nos seus atos.

b) *O exercício da advocacia pelos agentes do Ministério Público.*

No âmbito federal e na maioria dos Estados ainda se permite que, cumulativamente com suas funções, exerça o Procurador ou Promotor as atividades de advogado.

O exercício da advocacia, essa atividade tão digna mas tão manifestamente conflitante com o que hoje se espera dos órgãos do Ministério Público, é, sem dúvida, um dos resquícios da fase inicial da Instituição. Efetivamente, nos primeiros momentos do Ministério Público brasileiro, inexistindo uma carreira organizada, os seus órgãos eram buscados no seio da advocacia militante, cujos representantes escolhidos acumulavam as duas atividades. Daí a tradição e o costume que se seguiram nas legislações posteriores permitindo-se o acúmulo.

Mas hoje, estrturada em carreira, dando a seus membros, que são admitidos mediante concurso, certas garantias, a Instituição, à medida que pretende crescer em importância e atribuições, vai, paulatinamente, se depurando, afastando de seus agentes, cada vez mais sobrecarregados, atividades estranhas aos seus misteres.

"A evolução da Instituição do Ministério Público, conduzindo-o à condição de imparcialidade em que ora se encontra, já não permite se veja nele o opositor dos advogados, mas há que se reconhecer que as suas elevadas funções de fiscal da aplicação da lei, de defender dos interesses indisponíveis e "órgão ativo do Poder Judiciário" — como já o definiu alguém — lhe dão as armas de toda a força do Estado. Conseqüentemente, é natural que entre em conflito, nas suas atribuições, com o exercício da advocacia, vinculada, essa, a interesses particulares decorrentes do mandato recebido". (21)

Em alguns Estados já está proibido o exercício cumulativo da advocacia pelos órgãos do Ministério Público. Urge que a medida seja adotada em todo o país e em todos os níveis da Instituição, pois se se postula o reconhecimento, pelo legislador, da grandeza do "parquet", forçoso também, apontar-lhe as causas impeditivas desse reconhecimento. E o exercício cumulativo da advocacia, pelo desvio de atenção e de interesse que naturalmente trab, pela restrição de independência que acarreta, pelo eventual descrédito de quem se parcializa, funciona, ao lado dos outros fatores já apontados, como entrave permanente para o reconhecimento definitivo do "status" da Instituição no ordenamento jurídico — constitucional brasileiro.

V — EPÍLOGO

Depois de tudo o que se disse, fica-se a meditar sobre uma triste realidade —: o profundo abismo que separa a magnitude das tarefas que tendem a ser atribuídas ao Ministério Público da quase completa e total falta de instrumentos ou meios de agir que é imposta aos seus órgãos, em especial no âmbito do processo penal. "São aberrações e anacronismos no trato da Instituição do Ministério Público, vigentes em plena era espacial, que só servem para emperrar a "máquina judiciária", já de si tão morosa e complicada".

Essa situação, sem dúvida, não pode persistir. Torna-se imperioso que o legislador atento aos fatores aqui apontados, CORRIJA os desvios da Instituição, dando-lhe ao mesmo tempo autonomia e

potencialidade de intervir e atuar, bem como os meios materiais necessários para a eficácia dessa atuação.

Mormente nos dias atuais, em que se fala tanto em celeridade da justiça e eficiência de seus órgãos, necessário munir o "órgão agente do Poder Judiciário" (Biagio Petrocelli) dos recursos necessários para pronta e eficazmente "defender a ordem jurídica de nossos dias que encontra nas aspirações de paz, de segurança, de realização pessoal, de bem estar coletivo, a finalidade a que deve tender". (22)

VI — CONCLUSÕES

1. O Ministério Público, erigido em defensor da ordem jurídica no interesse coletivo, deve ter uma exata e definitiva conceituação na estrutura constitucional do Estado, conferindo-se-lhe plena autonomia, bem como poderes e garantias para o exercício de suas atribuições.

2. Suas atividades fiscalizadoras devem abranger as esferas dos três Poderes, dando-se-lhe para bem cumprir seus objetivos, atribuições *implícitas*, para que possa agir onde e quando ocorram violações da lei.

3. O Ministério Público, na sociedade moderna, deve possuir capacidade operacional, para tanto deve ter estrutura própria e infra-estrutura administrativa adequada, dando-se-lhe autonomia financeira a par de amplos recursos materiais necessários para a eficácia de sua atuação.

4. As legislações vindouras devem eliminar impurezas e desvios da Instituição que, historicamente, tem sido empecilhos à afirmação definitiva do Ministério Público Brasileiro.

5. A chefia do Ministério Público, na União e nos Estados, nomeada por período certo e inafastável ao nuto do Executivo, deve provir do seio da Instituição, seja por meio de eleição, seja pela escolha dentre nomes constantes de uma lista múltipla submetida ao chefe do Executivo.

6. Deve ser vedada aos membros do Ministério Público a militância político-partidária.

7. Por ser absolutamente incompatível com a atividade do Ministério Público, deve ser subtraída desta, em todos os escalões, a representação judicial das entidades estatais.

8. Por conflitar com a moderna feição do Ministério Público, pelo desvio de atenção e de interesses que naturalmente traz, pela restrição de independência que acarreta, pelo eventual descrédito de quem se parcializa, deve ser proibido aos órgãos do Ministério Público, em todos os níveis, o exercício cumulativo da advocacia.

BIBLIOGRAFIA

(1) ROCCO, Ugo. "Corso di Teoria e Pratica Del Processo Civile" — v. I — Libreria Scientifica Editrice — p. 440.

(2) INACARATO, Márcio Antonio. "O Ministério Público na Ordem Jurídico-Constitucional". Revista de Informação Legislativa — v. 8 — p. 35.

(3) PEREIRA, Almir Lima. "O Ministério Público e a Legislação Pátria" — Justitia — v. 87/205.

(4) TRABALHO ELABORADO PELO MINISTÉRIO PÚBLIOCO DO RIO GRANDE DO SUL NO IV CONGRESSO INTERAMERICANO DO M.P. — "Posição Institucional do Ministério Público Brasileiro" — "in" Rev. do Ministério Público do R.G.S. — v. 2/44.

(5) TRABALHO ELABORADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL — Obra e local citados.

(6) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Ministério Público — Posição Constitucional — Conceito — Boletim do Ministério Público do R.G.S. — nº 36/22.

(7) INACARATO, Márcio Antonio. Obra e local citados.

(8) FAGUNDES, M. Seabra. "O Ministério Público e a Preservação da Ordem Jurídica no Interesse Coletivo". Justitia v. 35/9.

(9) INACARATO, Márcio Antonio. Obra e local citados.

(10) SALAZAR, Prof. Alcino Paulo. Congresso de Uberlândia — ano 1966.

(11) FAGUNDES, M. Seabra. Obra e local citados.

(12) "CORPUS JURIS SECUNDIM", Enciclopédia Jurídica dos Estados Unidos, v. 7º p. 1223 — DENISOV, A. & KIRICHENKO, M. — Derecho Constitucional Soviético" — versão espanhola, Moscou, 1959 — p. 307.

(13) ROCHA, Clóvis Paulo da. Conferência — 1972 — Revista de Direito 16/77.

(14) MARQUES, Prof. José Frederico. "A Chefia do Ministério Público e a Constituição Federal" — Justitia — v. 76/12.

(15) REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA — v. 50/208.

(16) MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Tomo III — p. 407.

(17) ZAMORA, Alcalá. "Derecho Procesal Penal" — 1945 — v. 1 — p. 381 — "Apud" — José Frederico Marques.

(18) FAGUNDES, M. Seabra. Obra e local citados.

(19) PENTEADO, Djalma N.; GUIMARÃES, João Lopes, MACEDO, Ronaldo Porto. "Ministério Público Órgão da Justiça" Justitia — v. 63.

(20) DINAMARCO, Cândido Rangel. "O Ministério Público na Sistemática do Direito Brasileiro" — Justitia — v. 61.

(21) TUMA, Wadih Aidar. "Ministério Público e Advocacia do Estado" — Revista de Direito Público 15/164.

(22) ALKMIN, José Geraldo Rodrigues de — Justitia 80/15.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA NOVA ESTRATÉGIA PARA SEU APERFEIÇOAMENTO

Carlos Siqueira Netto
Subprocurador da Justiça — SP

SUMÁRIO

I — INTRODUÇÃO
II — CONFEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES ESTADUAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO — CAEMP
III — ESTRATÉGIA PROPOSTA
IV — CONCLUSÃO

I — INTRODUÇÃO

Para os que vêm acompanhando a luta do Ministério Público pelo seu aperfeiçoamento, na última década, principalmente, devem ter aprendido amarga realidade: a manifesta incompreensão de setores os mais qualificados para qualquer posição institucional de realce, quer no quadro constitucional ou processual, quer mesmo no extrajudicial. Parece que paira, sobre a Instituição, como um mau presságio, a gerar reservas e temores, a imagem do falecido "quarto poder", de há muito enterrado, pois se justificou um determinado momento de afirmação institucional, não mais corresponde ele à realidade das postulações que o "Parquet" vem elaborando, agora, em nível nacional, com postura ideológica mais nítida, qualquer que seja sua posição: integrando o Executivo ou o Judiciário, independente de se constituir em "categoria à parte".

Mas, a qualquer pretensão digna de realce, logo aparece quem argumente que, não sendo um Poder, a exemplo do Judiciário, não teria sentido se lhe atribuir funções de relevo, independência funcional ou posição de destaque, devendo sujeitar-se, a rigor, às mesmas posturas do funcionalismo em geral, embora qualificado. (Poder-se-ia, logo de início, ponderar que os Tribunais de Contas também não constituem um Poder, mas nem por isso há quem defenda a subtração das atribuições próprias ou a denegação das garantias adequadas — idêntica a dos magistrados — para o desempenho de seu alto e útil mister).

Por outro lado, deve a Instituição, por seus mais qualificados e experientes membros, ter ficado chocada quando, ao longo do acalorado, apaixonante e nem sempre objetivo debate em torno da primeira fase (constitucional) da chamada "Reforma Judiciária", não se logrou sensibilizar a maior parte dos setores envolvidos no assunto, fora do âmbito restrito do próprio Ministério Público, para quaisquer posições por ela defendidas ou postuladas: magistrados, juristas, professores, advogados, polícia, imprensa, universidade (a posição da Faculdade de Direito de São Paulo, quase ao final do debate, restou isolada e a de alguns congressistas, entre os quais os Senadores Aciolli Filho e Franco Montoro e o Deputado Nelson Marchesan, importantes e honrosas para a Instituição, não puderam evitar o pior). A própria imprensa, com seu poder de formar a opinião pública e criar uma consciência social em torno de qualquer assunto, foi de limitação tão excessiva que as pretensões e sugestões do "Parquet" tiveram mínima circulação.

De tudo, poder-se-á extrair uma lição importante: falta *consciência social* em torno do Ministério Público: de sua conceituação, de sua importância, dos benefícios sociais que sua atuação dinâmica e desinteressada poderá trazer à coletividade, à ordem social e jurídica. Daí alcançar algumas posições dignas de relevo, mercê do esforço hercúleo de alguns de seus membros, no longo, sacrificado, estimulante e magnífico percurso, para em seguida perdê-las, exibindo a Instituição uma fragilidade social significativa. Daí os avanços e recuos verificados ao longo desses anos Daí o temor constante e a insegurança sobre os menores atributos, tais como a própria ação pública e seu monopólio, a todo instante contestado; o direito de realizar, diretamente, investigação; as limitações para requisitar quaisquer documentos ou diligências que não sejam através do magistrado, até mesmo na fase extrajudicial; o direito de fiscalizar a aplicação da lei em juízo, só ultimamente assegurado, diretamente, no quadro processual; o direito de não ser julgado pelo juiz perante o qual oficia, curiosamente outorgado ao Ministério Público Federal, em nível constitucional e negado ao Estadual, em dualidade de tratamento injurídica e ilógica; o direito à prisão especial concedido a todos que tenham um mínimo de qualificação, mas negado expres-

samente ao Ministério Público, exceto por possuir título universitário. A exemplificação não teria fim. De tudo resulta manifesta insegurança que começa afugentar valores, trazer o desânimo aos seus integrantes, mesmo os mais interessados, cristalizando conduta cada vez mais burocratizada.

É verdade que, ao lado da incompreensão que se nota em relação ao Ministério Público, seus próprios integrantes têm parcela acentuada de culpa: não querer abrir mão de certos privilégios-problemas, como a advocacia ou a atividade político-partidária. Não exigir a reformulação dos métodos de trabalho na primeira e segunda instâncias; não se submeter à mesma sorte dos comarcanos, podendo ali residir e não o fazendo; substituindo atuação eficiente, dinâmica, vigilante pelo gosto bem latino de pareceres enfeitados e até inócuos; não fixar a atenção principal na necessidade fundamental de controlar o fato social que lhe vem à mão, ficando na periferia e superficialidade de ação burocrática e, às vezes, inútil.

É verdade que há um círculo vicioso: a falta de atuação mais dinâmica decorre da carência de infra-estrutura adequada, negada pelos governos. O Ministério Público é empurrado para uma postura burocrática à ausência de estrutura legal e material suficiente. Mas, é do âmbito interno da Instituição que deve partir a solução; é de sua posição missionária e sacrificada (como tem sido até hoje) que se verá o reconhecimento do seu papel e as condições razoáveis de trabalho. O próprio Ministério Público deve indicar o caminho; ninguém o fará por ele.

II — CONFEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES ESTADUAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO — CAEMP

A história da evolução da Instituição apresenta características bem definidas e distintas. Enquanto se agia em quadro constitucional de federalismo menos centralizante, com ação da União mais limitada, o Ministério Público Federal, por força, inclusive, de sua atuação como representante judicial dos interesses profissionais do governo federal que acumulava com as funções próprias da Instituição, não sentia as contradições que as duas atribuições concomitantes — Advocacia — Ministério Público — ensejavam em Estados-Membros, onde a segunda era bem mais nítida. É que o Ministério Público Estadual, aproveitando-se da então maior liberdade de ação, logrou atingir postura ideológica própria, mais cedo, acabando por afastar de seu âmbito (com pouquíssimas exceções) a atividade de advogado do Estado ou de defensor público (assistência judiciária).

Tal dicotomia em relação às duas funções se refletiu no desenvolvimento dos dois Ministérios Públicos (de resto hoje reconhecidas ao se prever lei complementar para organizar o estadual e diferença de tratamento, em nível constitucional, sobre foro por prerrogativa

de função), por muito tempo. Até que a própria alteração do Estado Contemporâneo Brasileiro, com a concentração de poderes em níveis horizontal e vertical (a favor do Executivo e da União, em desfavor do Legislativo e Judiciário e dos Estados-Membros e Municípios), acabou por exigir, pela dinâmica própria da vida urbana oriunda do fenômeno da urbanização acelerada e prematura (porque não provocada por desenvolvimento industrial e científico-tecnológico adequado), pelo desenvolvimento nacional desequilibrado, pela adoção de planejamento centralizante e outras relações sociais plasmadas pela intervenção crescente do Estado nas ordens econômica e social, a necessidade de se firmar a consciência de que o *Ministério Público é um só, em seus contornos e princípios gerais,* seja ele federal ou estadual, comum ou militar, eleitoral ou dos Tribunais de Contas. E que sua tarefa de tutor da ordem jurídica, de defensor da Sociedade, de fiscal da observância da Constituição e das Leis, não pode mais ser confundida com a de advogado do Estado, nobre e importante, mas a cargo de outras Instituições, com diversa estrutura e atribuições, absolutamente distintas do Ministério Público. Anote-se que ao falar em um só Ministério Público não se está insinuando a sua federalização, mas a necessidade de se firmarem os *mesmos princípios gerais próprios* que individualizem, em nível nacional e nos planos federal e estadual, a Instituição, distinguindo as suas de outras funções pertinentes a diversificação setores do Estado.

Após a apertada e parcial vitória da Constituição de 1967, seguida do retrocesso da Emenda nº 1/69, onde o Ministério Público se apresentou com características incipientes de união, sem um projeto definido, falando, genericamente, em prerrogativas, sem a conscientização de que essas decorrem da natureza e importância da função exercida e não só do nome mágico e sedutor que qualquer Instituição possa ostentar, iniciou-se um movimento visando, fundamentalmente, a criação de uma "consciência nacional de Ministério Público", ciente que o tempo das reivindicações isoladas e regionais havia cessado, pois o centro do poder se deslocara dos Estados-Membros para a União. O eventual aperfeiçoamento que alguns Ministérios Públicos estaduais haviam obtido, ao longo de evolução e conquistas, de âmbito local, se estancara. Não havia mais como avançar. Pelo contrário, começara um movimento em sentido oposto, com ameaças (algumas concretizadas) de involução, com limitações e incompreensões por setores desacostumados e desconhecedores da própria vida da Instituição, de seu valor e de suas potencialidades. (Para o combate à corrupção, não se acionou o Ministério Público, mas, criou-se a Comissão Geral de Investigações — C.G.I, dotando-a de poderes e atribuições que, se entregues à Instituição, que é *permanente,* de muito teria contribuído para incorar aos costumes nacionais a luta incessante contra aquele mal, próprio de estruturas sociais menos desenvolvidas e de reduzida cultura política).

Daí haver algumas lideranças locais, de vários Estados-Membros da federação proposto uma nova estratégia. Reunidas, principalmente, a partir dos saudosos congressos do antigo Estado do Rio de Janeiro, que deflagrou movimento irresistível, seguido pelo de São Paulo, de 1971, pelo Interamericano de 1972, em Brasília, pelo Segundo Nacional, em Guarapari, pelo Terceiro, em Porto Alegre e pelo Quarto, em Uberlândia e, agora, por este, em Recife, sem falar nos demais encontros, principalmente, os Seminários de Aracaju, rigorosamente realizados, em anos alternados, com dificuldades sem conta, a atestar o aspecto missionário de amplos setores do Ministério Público, sugeriram, criaram, desenvolveram e cristalizaram a *CAEMP, — Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público,* que passou a pleitear por todos, a estimular e sistematizar idéias comuns, a criar, primeiro, no próprio âmbito da Instituição, uma *"consciência nacional, geral"*, para, agora, achar-se em condições de desencadear a luta para a instituição de uma *"consciência social"* em torno do Ministério Público, para que a Nação sinta sua necessidade e sua utilidade e se disponha a dotá-lo dos atributos, funções e prerrogativas funcionais à altura de uma sociedade aberta, democrática, ecumênica, criativa, em desenvolvimento.

O que se tem verificado é que a *CAEMP*, a despeito dos céticos, é hoje a interlocutora válida junto aos setores de decisão, pois fala em nome de todos, apresenta propostas concretas de reformas e inovações, colhidas nas fontes imorredouras dos congressos, reuniões, na atividade diária, rica e produtiva, dos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça, Procuradores da República e outros órgãos próprios da Instituição. Por congregar as Associações, cujos representantes são eleitos, diretamente, pela classe, está a *CAEMP* liberta de eventuais constrangimentos e impedimentos que tolhem, às vezes a ação de setores institucionalizados do Ministério Público; por interpretar as aspirações da classe, enquanto classe, que, na verdade, se confundem com aquelas da própria Instituição, age a *CAEMP*, informada pelo que há de melhor em postura ideológica; por acolher em seu seio as Associações de classe que inverteram a ênfase das prioridades, acentuando as necessidades institucionais, de aperfeiçoamento e defesa, sobre aquelas de atendimento direto das necessidades dos seus associados, a CAEMP, assim revitalizada, tornou-se a intérprete dos postulados do Novo Ministério Público do Brasil.

A experiência colhida nos embates em que se envolveu, desde sua criação, na histórica Ouro Preto, em maio de 1971, até à tentativa de inclusão do Ministério Público na "Reforma Judiciária", está a indicar que deve ela liderar a marcha ascencional da Instituição, traduzida em um *"Projeto Nacional de Ministério Público"*. Esta a política a seguir.

O que fazer? Desenvolver um *projeto nacional* que tenha, como aspectos informadores, fundamentais, *os mesmos princípios gerais*

para a Instituição, que no plano Federal (junto à justiça comum, eleitoral, militar, do trabalho, do Tribunal de Contas), quer no Estadual (com a mesma abrangência). Uma mesma Instituição, mas respeitado o sistema federativo (por maiores que sejam as suas vicissitudes) e as peculiaridades locais, necessariamente, secundárias e sem condições de negar, contraria ou refutar os princípios gerais. Mudar o enfoque até agora dado e que já se cristalizou no sentido de pleitear, primeiro, a equiparação eventual de vencimentos com a Magistratura, ou aposentadoria aos 30 anos, ou outras vantagens (embora necessárias para o desempenho funcional). Mas, considerar que tais prerrogativas não são fundamentais, nesse passo. Essencial é a definição da Instituição e seu caráter de permanência; a ampliação de suas atribuições; a estruturação da carreira; a absorção de setores próprios do Ministério Público entregues a outros órgãos desgarrados; a opção definitiva pela profissionalização, recusando, de vez, o exercício da advocacia, de funções estranhas e impróprias. Da utilidade social, do poderio funcional, surgirá o reconhecimento da Sociedade e de setores de decisão que serão pressionados pela opinião pública a dotar o Ministério Público de *garantias* para a ação. Elas virão por acréscimo, como decorrência, nunca como pré-requisito; virão como consequência, nunca como pressuposto. É inútil insistir junto a quaisquer escalões por reivindicações sem um projeto definido, discutido e aprovado, em nível nacional que cristalize a inversão proposta. É o caminho mais difícil, menos sedutor. Mas, realista, amadurecido, embora com um mínimo de utopia na sua formulação, sem o que não será permanente, exaurindo-se em uma dada conjuntura, sem alcançar as gerações vindouras.

III — ESTRATÉGIA PROPOSTA:

O Ministério Público nacional não tem mais dúvidas sobre sua natureza de órgão de Estado, incumbido de promover em juízo a defesa dos interesses da Sociedade e da Ordem Jurídica, pela fiel observância da Constituição e das Leis. É órgão *independente* e *políticos* os seus agentes, atuando "com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e leis especiais" (Direito Administrativo Brasileiro — Hely Lopes Meirelles, 4ª Ed., pág. 56, R.T) Não se pretende, contudo, no âmbito restrito deste trabalho e dado seu objetivo de sugerir uma estratégia para ação comum, indagar ou examinar aspectos filosóficos ou técnicos que informam a Instituição, porquanto já foi feito, alhures, por gente melhor qualificada. Mas, se deseja indicar objetivos e a forma de alcançá-los, sabendo que os primeiros têm sido fixados, nos sucessivos encontros, e a maneira de realizá-los vem sendo debatida, estando em aberto as várias estratégias opcionais.

Indica-se, pois, enfaticamente, *se inverta a prioridade,* até agora observada e que acabou por se cristalizar como um macro-objetivo da Instituição, não encontrando respaldo na consciência social, extra Ministério Público, daí a fragilidade observada na resposta às postulações e o desinteresse de todos aqueles que não sejam iniciados nas coisas do "Parquet". Refere-se a que se coloque toda a força da Instituição, no âmbito nacional, sobre: a fixação das suas atribuições mínimas com a sua antecedente definição; seu caráter permanente; que se considere principais os objetivos de inclusão, em nível constitucional ou de lei complementar, da titularidade da ação penal e civil públicas; a titularidade da ação direta de declaração de constitucionalidade, em nível federal, estadual e municipal (frente à Constituição Estadual, também); a fiscalização da aplicação da lei; a absorção de órgãos que realizem funções próprias de Ministério Público e que, por equívocos e distorções, estejam fora dos quadros da carreira, vedendo-se-lhe o exercício, a pessoas estranhas (refere-se ao Ministério Público Militar estadual ou junto aos Tribunais de Contas); a estruturação do Ministério Público, em órgãos definidos e cuja denominação a tradição consagrou (Procurador Geral da República, Subprocurador Geral, Procuradores da República; em nível estadual, Procurador Geral da Justiça, Procuradores da Justiça, Promotores de Justiça e Curadores e Promotores de Justiça Substitutos); a criação de órgãos colegiados (Colégio, Conselho Superior); de Corregedoria; a escolha de Procurador Geral recaindo entre membros da Instituição, com respectivo mandato, até que se logre alcançar a eleição do Chefe da Instituição, por seus membros, a exemplo do que se faz nos Tribunais de Contas; a atribuição de realizar investigações extra ou mesmo depois de iniciada a ação, diretamente, através de órgãos auxiliares ou requisitando o concurso de funcionários especializados ou da polícia; a requisição de documentos, diligências, certidões, informações, etc., de qualquer repartição pública federal, estadual, municipal ou da administração centralizada ou descentralizada ou de entidades particulares, ressalvada a legislação bancária, podendo-se entender, diretamente, com qualquer autoridade; a intervenção nas sessões de julgamento para sustentação de promoção ou parecer ou para prestar esclarecimentos sobre matéria de fato; oficiar, em segunda instância, após a distribuição dos autos às Câmaras ou Turmas, como forma de se reformar a atuação da Instituição, nesse aspecto; a aquisição de infra-estrutura adequada, com secretarias ou serviços auxiliares, para enfrentar as novas e onerosas funções que a vida urbana, na sua dinâmica própria, enseja; opção pela profissionalização definitiva, proibindo-se a advocacia ou outras atividades inadequadas; exigência de que a verba oriunda da cobrança de executivo fiscal federal venha a formar um *Fundo* para financiar a futura Escola de Promotores, cursos de reciclagem, adaptação, aperfeiçoamento, especialização, inclusive, no exterior, levando-se tudo isso em conta para promoções, inclusive, para a segunda instância.

Sobre tais postulações e objetivos se daria toda ênfase, invertendo as prioridades e deixando as prerrogativas para uma segunda fase. O importante é que se assegure ao Ministério Público *o monopólio de atuação em setor que lhe seja próprio,* como por exemplo, a superintendência da execução da pena, em especial nos regimes de liberdade ou semi-liberdade, atuando, ainda, junto aos Conselhos Penitenciários, com maior capacidade de ação.

É sobre tais pontos que se deve, com apoio da opinião pública, da Universidade, de juristas, da imprensa, etc., forçar a criação de uma verdadeira *"consciência social"*. É saber que não há necessidade de criação de Comissões Gerais de Investigações, ou de "Ombudsman", ou de Órgão para Defesa do Consumidor para que a sociedade venha a ser defendida e a ordem jurídica tutelada. Arme-se o Ministério Público de atribuições e poderes que tais encargos, ao lado do que já vem sendo realizado, sejam devidamente cumpridos. E por uma Instituição democrática, testada no respeito à lei, curtida na defesa dos direitos individuais, embora sabendo dosá-los quando pretendem sobrepor-se sobre os da coletividade. Filha do Estado de Direito, apta a atuar na sociedade pelo zelo específico da lei e da ordem.

O que se propõe, pois, é inversão nas prioridades, criando toda uma consciência social (interna e externamente) em torno desses objetivos enunciados. Não que se não deva pleitear, também, as prerrogativas mínimas que têm se constituído na preocupação principal das reivindicações da Instituição. O que se sugere é ênfase notória, preponderante, manifesta naqueles outros pontos citados, abrindo novos horizontes e experiências com a absorção do Ministério Público junto à Justiça Militar estadual ou junto aos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Município (onde houver). Aquelas exigências enumeradas devem merecer a cristalização das aspirações de toda uma Instituição, facilitando o diálogo com setores de decisão expressivos, desarmando-os das tradicionais impugnações, pois se pretende aumento de responsabilidade, de trabalho, de ônus, revelando a faceta nobre do Ministério Público.

IV — CONCLUSÃO:

Talvez não se esteja dizendo nenhuma novidade em um congresso de Ministério Público, pois todos os temas abordados vêm sendo tratados de há muito. Mas, calcado na experiência de uma década de luta incessante pelo desenvolvimento da Instituição, poder-se-á submeter a apreciação do conclave nova postura no encaminhamento das reivindicações:

a) criação de consciência social em torno da Instituição, para que encontre ela respaldo na opinião pública e na Sociedade a que deve servir;

b) inversão da ênfase até então posta sobre uma pretendida posição de equiparação com a magistratura, em nível de prerrogativas, para se cristalizar a necessidade de firmar, primeiro, o que é a Instituição e seu caráter permanente; o que pode ela fazer de útil à Sociedade que, teoricamente, defende; e, finalmnte, de quais poderes deve ser dotada para o desempenho de suas atribuições, cada vez mais amplas e complexas;

c) a fixação de um projeto nacional de Ministério Público que estabeleça a unidade da Instituição, em todos seus níveis, fixando os princípios gerais, sem prejuízo das peculiaridades advindas do sistema federativo e das condições locais.

Definido, pois, o projeto, estabelecendo-se os princípios gerais, *com inversão da ênfase apontada*, há que se buscar a *criação da consciência social* desejada, pela atuação na imprensa, na universidade (quantas teses de mestrado ou doutorado sobre o Ministério Público foram feitas?), nas associações, nos partidos políticos, nos Institutos de Ensino Superior; junto aos advogados, aos juízes, à polícia e às Forças Armadas; junto ao Congresso, centro de debates nacionais; junto aos setores de decisão, de formação da opinião pública.

Será trabalho da CAEMP, das Associações, das Procuradorias, de cada um e de todos os membros do Ministério Público nacional, em todos seus níveis e em todos seus setores. Tem o Ministério Público a história do seu lado. Afinal, como já disse antigo membro da Instituição paulista, "quando o Ministério Público postula é a Pátria quem pleiteia".

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA LEI COMPLEMENTAR

Paulo Salvador Frontini
Promotor Público — São Paulo

"QUI OBSERVAT VENTUM NON SEMINAT;"
"QUI CONSIDERAT NUBES NUNQUAM METET."

(Eclesiastes)

SUMÁRIO

1 Introdução: o tema e a tese
2 A Lei Complementar no quadro da legislação
3 A Emenda nº 7 e suas Leis Complementares
4 Natureza da Lei Complementar do Ministério Público
5 Princípios explícitos a serem respeitados
6 Princípios implícitos a serem respeitados
7 Desenvolvimento dos nºs 6 e 7
8 Propostas para o conteúdo da Lei Complementar
9 Colaboração com as Justiças Especiais
10 Ministério Público e paridade de vencimentos
11 Aposentadoria especial
12 Conclusões: esclarecimento prévio
13 Conclusões

1 INTRODUÇÃO: O TEMA E A TESE

Ao incorporar ao texto da Constituição da República, por via da Emenda Constitucional nº 7, as normas destinadas à implantação da chamada REFORMA DA JUSTIÇA —, O Poder Executivo Federal fez

surgir no panorama constitucional brasileiro um preceito antes inexistente, relacionado de modo direto com o Ministério Público Estadual.

Apresentou-se, ele, sob a forma de um parágrafo único, que foi acrescentado ao artigo 96 da Lei Maior, ao mesmo tempo em que o *caput* teve alterada sua primitiva redação.

Originariamente, o art. 96 assim se enunciava:

> "Art. 96 — O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior."

Com o advento da Emenda nº 7, a matéria adquiriu esta conformação:

> "Art. 96 — O Ministério Público dos estados será organizado em carreira, por lei estadual.
>
> § único — Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior."

Como se percebe, o *caput*, embora amputado da cláusula remissiva ao § 1º do artigo anterior, não teve neste pormenor sua maior modificação. Afinal, mantido ao fecho do § único, esse envio ao § 1º do art. 95 implicou, quanto à matéria neste contida, conservar as coisas tal como estavam. Entretanto, a grande modificação inserida sobre o comando contido no art. 96 despontou no conteúdo do § único que lhe foi adicionado. Melhor explicitando, ficou determinado, pelo parágrafo único, que a lei estadual de organização do Ministério Público local em carreira passa a subordinar-se às *normas gerais de organização desses órgãos estaduais, fixadas em Lei Complementar de de iniciativa exclusiva do Presidente da República*, observado o disposto no § 1º do art. 95.

Referido § 1º, do art. 95, como se sabe, estabelece que *"os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira mediante concurso público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência de serviço."*

Interessa, pois, nesta oportunidade, estudar o alcance dessas novas determinações constitucionais.

É o que se propõe tentar neste trabalho.

2 A LEI COMPLEMENTAR NO QUADRO DA LEGISLAÇÃO

A primeira indagação que se faz relaciona-se com a natureza da Lei Complementar prevista para estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Justifica-se a pergunta, já que, consoante afirma GERALDO ATALIBA, a Constituição vigente não se prendeu a rigores doutrinários na disciplina das Leis Complementares, não acolhendo nem repudiando a conceituação dada pelos doutos ("Lei Complementar na Constituição", pág. 31).

Pode-se, com efeito, identificar um tratamento assistemático imprimido à matéria pelo nosso ordenamento jurídico, a partir da matriz constitucional.

Isso porque, partindo do pressuposto de que a Lei Complementar se destina — como indica sua denominação — a complementar a Lei Maior, deve ela ser prevista especificamente para esses casos.

E assim, como efeito, desponta sua previsão em várias passagens da Constituição (arts. 3º, 14, 15 § 2º, 18 § 1º, 21, § 2º, II, 23 § 4º e § 6º, 24, II, e § 4º, 60 § único, 62 § 2º, 64, 74 § 3º, 77 § 2º, 99 § 3º, 103, 149 § 3º, 151 e 164). Consubstanciam elas, *grosso modo*, determinações dirigidas ao legislador para que imprima aos comandos fixados na Constituição o rol de medidas legais necessárias à obtenção de sua plena eficácia.

Entretanto, faz-se mistér observar que o texto constitucional, em todas essas referências, alude à Lei Complementar não apenas como um diploma destinado a *completar* a Constituição, mas a completá-la de modo a conferir, a esse complemento, ponderável estabilidade. O *quorum* qualificado, inerente à elaboração legislativa da Lei Complementar, exerce um papel significativo nesse contexto, porque evidencia que o constituinte reconheceu a índole *paraconstitucional* das disposições afinal consubstanciadas na legislação formal e substancialmente complementar. Mas, não é tudo ao dizer, por exemplo, que *"a União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional poderá conceder isenção de impostos estaduais e municipais"* (art. 19, § 2º), o constituinte concebeu a eventualidade de ser necessário fazer adaptações — face a relevante interesse social ou econômico nacional — ao sistema de discriminação constitucional de rendas. Na verdade, essa Lei Complementar não estará, rigorosamente, complementando a Constituição, mas sim retificando-a, amoldando-a a necessidades supervenientes, afloradas ao cenário político-institucional em momento posterior àquele em que elaborado o Diploma Fundamental. Exerce a Lei Complementar, em tal caso, uma função ajustadora do texto constitucional, im-

primindo-lhe dose de flexibilidade que normalmente não pode ter através dos preceitos constantes de sua estrutura.

Bem se vê, portanto, que o alcance da idéia de complementação dos preceitos constitucionais vai bem além da óbvia noção de exaurir toda a potencialidade normativa instituída pela Lei Maior através de vários preceitos que não são auto aplicáveis.

Por outro lado, todavia, a Constituição prevê a edição de diplomas destinados a completá-la, mas, em tais casos, não lhes atribui o requisito de revestirem, formalmente, o feitio de Lei Complementar, embora tais diplomas sejam *antologicamente complementares*. Mas esse aspecto diz apenas respeito ao problema do *quorum* a ser observado no respectivo processo legislativo, se mafetar no mérito a observação de que o preceito constitucional, consoante a terminologia dada à matéria por JOSE AFONSO DA SILVA ("Aplicabilidade das Normas Constitucionais", S. Paulo, 1968, ed. RT) consubstancia, em tal caso, um princípio institutivo, *de eficácia jurídica limitada* (ob. cit. pág. 119). É o que se dá, v.g., com os arts. 175 § 4º e 109: no primeiro se institui um princípio de tutela à família, um regime de proteção à maternidade, infância e adolescência, a ser pormenorizado em lei especial. É óbvio que essa lei estará ensejando a complementação da Lei Maior; no entanto, não será uma Lei Complementar. No segundo caso, o art. 109 está instituindo um regime jurídico dos servidores ali mencionados, mas a eficácia dessa iniciativa está a depender, também, de uma "lei federal", indispensável à complementação do comando contido na Constituição; entretanto, a exemplo da situação anterior, não será uma Lei Complementar no sentido da técnica de elaboração legislativa firmada pelo diploma constitucional.

Outra peculiaridade do regime brasileiro de Leis Complementares está em que tem sido votadas pelo Congresso Nacional "Leis Complementares" sobre temas que não estão destinados, pelo texto constitucional, a serem objeto de qualquer diploma dessa natureza. Sirva de exemplo a Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, instituidora do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público. Não há, na Emenda nº 1, nenhuma previsão desse Programa; não havia o que "complementar", na Constituição, através dessa Lei. No entanto, o Congresso, acatando mensagem do Poder Executivo, votou-a como Lei Complementar, certamente para imprimir-lhe *status* legislativamente qualificado, sobranceiro às leis ordinárias.

Essa diversidade de manifestações da Constituição no tratamento do tema "Lei Complementar" justifica, assim, a observação de AFONSO ARINOS: "A Constituição de 1969, no relativo ao importante assunto das leis complementares, não foi coerente, nem lógica. O seu intérprete não consegue perceber os motivos que levaram o legislador constitucional ora a considerar certas matérias como objeto obri-

gatório de lei complementar, ora a relegar outras para o corpo da lei ordinária." ("Função Legislativa; Suas Transformações", separata do Senado Federal, pág. 32, "apud" Sara R. Figueiredo, "Processo Legislativo", pág. 54, nota (55).

3 A EMENDA Nº 7 E SUAS LEIS COMPLEMENTARES

A Emenda nº 7 previu a elaboração de duas novas Leis Complementares; a "Lei Orgânica da Magistratura Nacional", surgida no corpo do parágrafo único do art. 112, com total substituição da matéria que antigamente figurava nesse dispositivo; e a de "normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual".

Enquanto o conteúdo daquela está claramente demarcado pelo citado parágrafo único, eis que *estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes*, não houve, relativamente a esta última, a preocupação de desenhar, já no texto da Lei Maior, o perfil que o legislador complementar dever-lhe-á imprimir.

Pode-se, em primeiro lance, afirmar, apenas, que traçará "normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual".

Interessa, pois, e sobremodo, esboçar, ainda que a título de mero ensaio, sujeito a críticas e retificações, uma delimitação da matéria que deverá ficar contida no bojo desse inédito diploma.

4 NATUREZA DA LEI COMPLEMENTAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

configura-se a espécie de autêntica Lei Complementar. Com efeito,

A primeira observação a ser feita é no sentido de que, no caso, sobre haver sido consignado, na Constituição, que os diversos Ministérios Públicos estaduais se padronizarão, em largos traços, ao que for estabelecido pela legislação federal, esclareceu-se que esse ditame constitucional será completado por uma Lei Complementar. Sempre com amparo no límpido ensinamento de JOSE AFONSO DA SILVA, será possível dizer que o § único do art. 96 encerra uma norma constitucional de eficácia limitada, que consubstancia um princípio institutivo impositivo (ob. cit., pág. 119). Define-as esse preclaro constitucionalista: "São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei " (ob. e loc. cit.).

Trata-se, pois, do terreno próprio e típico das leis destinadas a possibilitar a execução completa da Constituição, aquelas leis que, na terminologia de RUY, haviam sido denominadas "leis orgânicas" (Constituição de 1891, art. 34, nº 34 — cf. a citação de GERALDO ATALIBA (ob. cit. pág 8).

5 PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS A SEREM RESPEITADOS

A Lei Complementar do art. 96, parágrafo único, situando-se hierarquicamente abaixo do diploma constitucional, haverá de respeitar, necessariamente, os princípios, explícitos ou implícitos, constantes deste, e referentes ao Ministério Público.

Explicitamente, despontam na Constituição, como princípios inerentes ao Ministério Público:

a) existência de uma carreira (art. 96, "caput");
b) ingresso na carreira nos cargos iniciais (art. 96 § único art. 95 § 1º);
c) ingresso mediante concurso público de provas e títulos (id);
d) estabilidade, após dois anos de exercício (idem);
e) inamovibilidade, salvo conveniência de serviço objeto de representação do Procurador-Geral (idem);
f) em cada Estado da Federação, existência de um único Ministério Público; (art. 96 § único);
g) organização do Ministério Público estadual por lei local.

6 PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS A SEREM RESPEITADOS

Por outro lado, convém lembrar que há, também, princípios implícitos na Constituição, referentes ao Ministério Público estadual, que não podem ser feridos pela Lei Complementar.

Assim, parece certo que:

a) as atribuições do Ministério Público, próprias do órgão, e que emanam da Lei Maior, devem ser necessariamente respeitadas (tais são: a titularidade da ação penal pública, e a competência para arguição de inconstitucionalidade);
b) o Ministério Público dos Estados não terá como paradigma o Ministério Público federal;
c) compete ao Chefe do Ministério Público estadual representar ao Tribunal de Justiça do Estado, para fins de intervenção no Município (art. 15 § 3º, "d");
d) as atribuições processuais do Ministério Público, o modo de exercê-las, por se tratar de matéria de alçada da legislação processual ordinária, não devem ser objeto de cogitação pela Lei Complementar;

e) a especificação dos órgãos internos do Ministério Público, competentes para o desempenho das funções da Instituição, deve ser deixada a critério da legislação local.

7 DESENVOLVIMENTO DOS Nos 6 e 7

Algumas observações podem ser feitas relativamente às afirmativas feitas nos nos 5 e 6 retro. Dispensam maiores considerações as indicadas sob as letras "a" a "e" do nº 5, já que ostensiva se mostra sua obriedade, ante os claros termos do texto constitucional. Não custa encarecer, porém, quanto é interessante perceber que, em cada Estado, haverá um, e apenas um, Ministério Público. Assim, quer junto à Justiça comum, quer perante a Justiça Militar local, quer junto ao Tribunal de Contas, os órgãos oficiantes em nome do Ministério Público pertencerão a um único Ministério Público Estadual. Tal decorre do expresso comando constitucional de que "o Ministério Público dos Estados será organizado *em carreira*, por lei estadual." (Emenda nº 7, art. 96). A indicação de que se trata do (de+o, preposição mais artigo definido) Ministério Público, e não de ministérios Públicos, além da nítida alusão à organização *em carreira*, indicando ser ela uma única, eis aí claros argumentos que evidenciam a procedência da asserção.

Quer isto dizer que uma única há de ser a chefia, tanto para o Ministério Público junto à Justiça comum, a Militar e o Tribunal de Contas, e uma única a carreira, vale dizer, serão membros da mesma carreira que exercerão os cargos correspondentes aos diversos órgãos da Instituição. Nada impede, pois, que a Lei Complementar explicite essa verdade, já que, assim fazendo, mostrar-se-á conforme à Constituição e ajudará compreendê-la.

Paralelamente, é claro que a Lei Complementar apenas deverá fixar *normas gerais* sobre a organização do Ministério Público estadual. Daí a observação de que será tarefa do legislador local *organizar* o ente, respeitadas, é curial, as normas gerais.

Este é um importante ponto a considerar: em relação ao Ministério Público, somente devem ser baixadas "normas gerais", vale dizer, devem ser estabelecidos comandos legais correspondentes, apenas, aos grandes princípios que nortearão o modo de ser da Instituição.

Veja-se, a propósito, que não foi essa a colocação do legislador da Emenda nº 7 relativamente à Magistratura. A Lei Complementar prevista para esta, desde já constitucionalmente intitulada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, efetivamente organizará essa nobre Instituição; ao invés de simples "normas gerais a serem adotadas na organização" (como previsto para o MP), aludida Lei Orgânica "estabelecerá normas realtivas à orbanização, ao funcionamento, à disciplina,

às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura". O diploma previsto no § único do art. 112 será verdadeiramente, como seu nome indica, uma lei de organização, ele organizará a Magistratura. Suas normas não serão "gerais", mas, ao contrário, serão também "especiais", ou, melhor dizendo, serão específicas, serão particulares da Magistratura; descerão do plano elevado dos preceitos globais e fundamentais para penetrarem, também, nos pormenores adequados às leis especiais, versando ampla gama de assuntos, como o funcionamento, a disciplina, vantagens, direitos e deveres dos magistrados.

Não terá essa dimensão a Lei Complementar destinada ao Ministério Público; poderá, é certo, ditar padrões mínimos referentes à organização do órgão, o necessário para atender ao espírito da Emenda nº 7 que foi o de, imprimindo acentuado caráter unificador ao Poder Judiciário — (servindo de exemplo a previsão de uma Lei Orgânica da Magistratura *Nacional* e a criação do Conselho Nacional de Magistratura) — criar condições para reformular o funcionamento da justiça, já que dotado ficou, o legislador federal, de instrumentos para tecer os lineamentos adequados à colimação desse fim. Mas, ditando padrões mínimos que permitirão ao Ministério Público acompanhar o novo feitio imposto ao Poder Judiciário, não quis o constituinte dar o mesmo cunho de unificação ao Ministério Público. Respeitou-se, em relação a este, a idéia federativa, fugindo-se da tentação de "organizar" igualmente todo o Ministério Público. Assim, destacou-se a individualidade do Ministério Público estadual em face do da União, e, mais, assegurou-se a cada Estado compor a seu modo — respeitados os padrões genéricos mínimos — o respectivo Ministério Público.

8 PROPOSTAS PARA O CONTEÚDO DA LEI COMPLEMENTAR

Claro está que a Lei Complementar do Ministério Público, traçando normas gerais destinadas a serem observadas em sua organização, tem escopo nitidamente administrativo. O alcance da Lei Complementar será o de recortar, em largo espectro, o molde administrativo do Ministério Público. Não se deverá cogitar das funções processuais do órgão, matéria que ou está insculpida, explícita ou implicitamente na Constituição, ou deverá ser deixada ao nível de legislação ordinária, pois esse é o plano legislativo das normas processuais, afastadas do âmbito da Lei complementar. Esclarecido esse ponto, ressalva-se que nada impede explicite a Lei Complementar em causa certas atribuições do M.P. que já defluem implicitamente da Constituição.

Exemplificamente, dentre os princípios fundamentais dignos de consagração do novel diploma, é possível citar:

a) o "princípio da entrância", pelo qual cada grau da carreira equivalerá à entrância de organização judiciária correspondente. Assim, os diversos níveis da carreira corresponderão às entrâncias, ficando vedado ao legislador estadual fixar outros degraus;

b) o "princípio da promoção de entrância a entrância", que, complementando o anterior, garantirá sejam as promoções feitas sucessivamente na ordem de elevação e sequência de entrâncias;

d) o princípio da "administração especializada", em obediência carreira a existência de cargos destinados ao exercício do Ministério Público perante a 2a. Instância; quer isto dizer que os cargos de carreira não terminarão, como classe final, na mais elevada entrância; ao contrário, projetar-se-ão — garantindo acesso aos membros da carreira — até a 2a. Instância;

d) o princípio da "administração especializada", em obediência ao qual os Estados, para mais racional gestão dos assuntos de interesse do Ministério Público, deverão criar — se inexistentes — órgãos de administração superior da Instituição, compostos em seu próprio âmbito, tais como um órgão próprio para correições e fiscalização, outro para processamento das promoções, outro para realização dos concursos de ingresso, para coordenação e assessoria nas atividades fins, etc. É preciso que a Lei Complementar preveja essa estrutura mínima, fixando-a dentro do Ministério Público, pois, do contrário, nada impedirá, por exemplo, que o serviço de fiscalização e correição seja criado junto ao gabinete do Secretário de Justiça, ou que as promoções decorram de indicação deste;

e) princípio da "exclusividade do Ministério Público", pelo qual as atribuições deste órgão devem ser exercidas, privativamente pelos membros da carreira e, reversamente, quem não for membro da carreira não poderá avocar-se a qualidade, nem as atribuições do Ministério Público. Assim, por exemplo, bane-se a investidura "ad hoc"; veda-se que outros servidores de serviços jurídicos, da administração direta ou indireta, tenham seus cargos ou suas carreiras denominadas no modo próprio do Ministério Público (p. ex., Ministério Público autárquico, etc.) Outra relevante conclusão que deflue desse princípio informa que o Procurador Geral, como Chefe da Instituição, e o Ministério Público dos Estados, não terão atrabuições de advocacia do Estado. Suas funções são tipicamente de Ministério Público: em reforço desta afirmativa, observa-se que se a Emenda nº 7 houvesse de-

sejado pelo menos a possibilidade de fundir-se no Ministério Público a relevante missão do procuratório do Estado, não teria sentido necessidade de imprimir-lhe um esquema geral de organização diverso do MP federal. Se o molde federal, em que se acumulam aquelas funções, não foi ditado para os Estados, é porque nestes essa fusão é indesejável. A riqueza do princípio da "exclusividade" leva a outras observações. A principal delas é que a Lei Complementar não deverá necessariamente copiar a Constituição Federal relativamente à forma de escolha do Procurador Geral da Justiça, por ser óbvio que o critério consagrado para a escolha do Procurador Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, considera a relevante circunstância deste ser também o Advogado Geral da União, encargo a ser exercido, apenas, por quem é depositário da plena e pessoal confiança do Chefe da Nação. Ora, as atribuições do Ministério Público não são de confiança do Governador; resultam, ao contrário, de encargos que ao órgão são cometidos pela legislação federal de processo, razão por que, a nível estadual, justifica-se seja adotado outro critério, mais regrado, para investidura do Chefe do Ministério Público local. Daí deflue, também, que o Procurador Geral da Justiça deverá gozar de razoável autonomia administrativa, única forma de se lhe assegurar, bem como a todos os procuradores de justiça, promotores públicos e curadores, a possibilidade de exercerem as atribuições que a legislação federal lhes comete com liberdade, sem ficarem na prática atrelados a trâmites burocráticos que lhes toldem a atuação.
Nesse passo, não custa lembrar que — embora implícito na Constituição — nada impede que a Lei Complementar torne claro que o lugar destinado aos membros do Ministério Público, pelo quinto constitucional, nos Tribunais Estaduais, é privativo de membro da carreira do Ministério Público do respectivo Estado. A hipótese não é cerebrina porque, em S. Paulo, já houve precedente de ilustre Procurador da República ter seu nome incluído na lista, como membro do Ministério Público, para fins de nomeação pelo Governador, em vaga do quinto constitucional.

9 COLABORAÇÃO COM AS JUSTIÇAS ESPECIAIS

Constitui um truismo afirmar que, pela crescente pressão de novos fatores econômicos e sociais, modificou-se fundamente o feitio do Estado Federal. O fenômeno já fora detectado há tempos, tanto que publicistas de nomeada já falam, de há muito, em oposição ao "federalismo clássico", em outras modalidades de organização fede-

ral, como o "federalismo de equilíbrio" ou "hegemônico" (PINTO FERREIRA, "Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", 4a. edição, pág. 637, § 43º).

A Federação, no Brasil, também está vivendo rápido processo de ajustamento às emergências institucionais deste momento histórico. A nível de organização estatal, isso tem repercurtido, no ordenamento jurídico-político, sob a forma de intenso intercâmbio e relacionamento das Pessoas Políticas da Federação, sob liderança do poder central. É o chamado "federalismo cooperativo", associado à interdependência das diversas comunidades políticas do Estado Federal, e compatibilizado com as recentes tendências de filiação da atividade administrativa à busca do bem estar social, por via de ampla adoção de técnicas de planejamento e coordenação. Notícia clara, a respeito, é dada por JOSE AFONSO DA SILVA, citando o exemplo da participação de uma entidade na receita de outra ("Curso de Direito Constitucional Positivo" I/50).

Dentro dessa perspectiva, nada obsta que, no plano de reforma da justiça, se abra a possibilidade de cooperação entre entidades integrantes de diversos níveis da Federação. Na órbita do Ministério Público, é preciso lembrar que já há a previsão de "nas comarcas do interior, a União... ser representada pelo Ministério Público estadual" (Constituição, art. 95 § 2º).

À luz dessas considerações, ponderando-se, ademais, o precedente já referido, nada obsta que se fixem normas gerais determinando preveja a legislação local de organização do Ministério Público preste este colaboração a seu congênere federal. A hipótese abrange, especialmente, certas funções que são próprias do Ministério Público estadual mas que, excepcionalmente, por reflexo da deslocação de competência ditada por norma constitucional, devam ser cumpridas perante ramo federal da Justiça. Assim, na Justiça Eleitoral, ou na Justiça Federal, poder-se-á prever nitidamente uma série de situações facilmente superáveis, em suas dificuldades, se consagrada a fórmula aqui preconizada (p. ex., ação popular, curadoria de incapazes, curadoria de registros públicos, etc.).

10 MINISTÉRIO PÚBLICO E PARIDADE DE VENCIMENTOS

Sem dúvida, a efetiva atuação do Ministério Público não pode prescindir da existência de condições ensejadoras de sua efetiva profissionalização.

A promotoria pública — assegura-o o nome da Instituição em que se incrustra — é um ministério, que há de ser exercido com dedicação e lealdade, com sóe ser de rigor a um ministério.

Que papel poderia desempenhar a Lei Complementar no âmbito de assegurar condignas condições de militância profissional aos membros da carreira?

O estabelecimento de qualquer equiparação de vencimentos com outros cargos de qualquer outra carreira, como no passado já se fez, ou mesmo a simples fixação de "pisos" salariais, tendo por paradigma cargos estranhos à carreira, esbarra em óbices constitucionais (art. 98 § único).

Isso não exclue, porém, a possibilidade de serem ditados princípios de hierarquia de vencimentos entre os cargos das diversas classes da carreira, a partir do cargo de Procurador Geral: e, por outro lado, não afasta a possibilidade da Lei Complementar tornar clara a inassimilação dos cargos do Ministério Público, pela peculiaridade de seu ofício, sem correspondência no serviço público ou nas atividades privadas, à parificação; vale dizer, a carreira do Ministério Público deve ser excluída do sistema de paridade (art. 98, "caput"), por inexistirem, nos diversos Poderes do Estado, cargos com funções iguais aos da carreira. Do mesmo modo, há que afastar-se a paridade por assemelhação, já que esta, se houvesse de ser reconhecida, apenas poderia tomar, como paradigma, a própria Magistratura.

11 APOSENTADORIA ESPECIAL

Quanto à aposentadoria aos 30 anos de idade, vantagem de que a classe fruiu até 1969, a matéria escapa ao âmbito da Lei Complementar de que cogita o art. 96 § único. Mas é certo que nenhum vício decorreria da inserção de dispositivo com esse conteúdo, desde que por iniciativa do Presidente da República, já que o preceito se filiaria à norma contida no art. 103 da Constituição. A matéria, assim, pode ser objeto de disciplina no mesmo diploma, embora dispositivo dessa índole deva ser tido como fundamentado, em termos de competência legislativa, em outro artigo da Lei Maior.

12 CONCLUSÕES: ESCLARECIMENTO PRÉVIO

Inúmeras foram as afirmativas feitas ao longo deste trabalho; praticamente, para cada uma delas é possível elaborar uma conclusão. Entretanto, convém restringir as conclusões apenas aos tópicos mais sensíveis do problema. É em atenção a essa necessidade que apenas as principais delas são aqui formuladas.

13 CONCLUSÕES

1 — Em cada Estado, haverá um, e apenas um único Ministério Público; a ele competirão todas as atribuições de Ministério Público.

2 — O Ministério Público estadual não tem como paradigma o Ministério Público federal;

3 — As "normas gerais" a serem impostas pela Lei Complementar tem, apenas, caráter administrativo, para fins de organização do Ministério Público estadual pelo legislador local;

4 — Nos Estados, as atribuições do Ministério Público são privativas deste; não podem ser cometidas a órgãos estranhos à carreira; nem cargos e órgãos estranhos à carreira poderão ter atribuições ou denominação própria do Ministério Público ou serem considerados como um Ministério Público especial;

5 — Nos Estados, o Chefe do Ministério Público não acumulará as funções de chefe do serviço jurídico estadual; nem caberá ao Ministério Público exercê-las em caráter ordinário;

6 — Nos Estados, o critério de escolha do Procurador Geral da Justiça não precisará ser igual ao de escolha do Procurador Geral da República;

7 — A Lei Complementar poderá prever a colaboração do Ministério Público estadual, no desempenho de suas funções, perante a Justiça especial, máxime a federal;

8 — A carreira do Ministério Público deverá ser organizada em entrâncias correspondentes às entrâncias de organização judiciária local; e as promoções sempre se farão de entrância a entrância;

9 — A última classe de cargos da carreira do Ministério Público estadual terá atribuições do órgão perante a mais alta instância judiciária da justiça comum;

10 — Os cargos de carreira do Ministério Público não tem paradigma em nenhum outro setor do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário; e, para os fins do art. 98 "caput" da Constituição, somente podem ser assemelhados aos cargos de Magistratura;

11 — A Lei Complementar poderá fixar outro limite de idade para a aposentadoria voluntária dos membros do Ministério Público, desde que a iniciativa da proposição se origine do Presidente da República.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR: SENTIDO DO ARTIGO 6º, § 4º, DA LEI Nº 4.717-65

Itamar Dias Noronha
Promotor Público — PE

A) AÇÃO POPULAR: CONSIDERAÇÕES GERAIS — ORIGEM — ASPECTOS HISTÓRICOS NO BRASIL

I — Ação popular, no sentido amplo, abrange todo "remedium juris" destinado à defesa do interesse público e cujo uso é facultado ao particular (ex. — ação dissolutória de sociedade civil que promova fins ilícitos ou imorais — art. 1218, VII, do CPC).

Neste trabalho, vamo-nos ocupar, somente, de uma das suas espécies, que é a prevista na CF (art. 153, § 31) e regulamentada pela Lei nº 4.717/65, a fim de, na mesma, estudarmos o papel do M.P.

Passemos a definí-la: Ação popular é o remédio jurídico-processual, pelo qual o cidadão, atuando "in nomine proprio", visa à reparação das lesões cometidas contra o patrimônio público.

Ela se constitui, pode-se dizer, num instrumento eficaz de que dispõe o cidadão para o controle do atuar daqueles que administram os bens do povo.

II — Na antiga Roma, ao lado das ações privadas, intentáveis por pessoa determinada (a parte lesada ou seus herdeiros) para a reparação de um dano sofrido pelo autor, havia as chamadas "populares actiones", exercitáveis por qualquer cidadão e tendentes à proteção de um interesse, antes público que privado, do autor.

Eram, entre outras, ações populares, as que tinham como fim: 1) efetivar fundações instituídas por ato de última vontade; 2) reti-

rar de telhados e janelas objetos que, por falta de segurança, pudessem cair sobre os transeuntes, com a consequente aplicação de multa ao dono do prédio ("de positis et suspensis"); 3) argüir de suspeitos os tutores ("accusatio suspecti tutoris"); 4) punir o mau uso da coisa pública (ex. — poluição dos rios — "damni infecti") etc.

O campo de incidência destas demandas era, como se vê, bastante amplo, visto como abrangia, inclusive, atos e fatos que dariam lugar, no direito moderno, a multas por infração a posturas, medida exercida, atualmente, pelo Estado, através do poder de polícia.

Segundo Kuntz, Roma facultava a qualquer cidadão o perseguir, com penas privadas, quem cometesse atos lesivos do interesse público, devido à sua deficiente organização policial.

Martirollo, por sua vez, assenta o instituto no forte sentimento que possuiam os romanos de seu direito pelo zelo à "res publica".

Isso, aliás, está expresso na frase de Paulo, contida no Livro 4 do Digesto, cujo teor é o seguinte: "à república interessa sejam muitos admitidos a defender sua causa".

As duas explicações, como acentua Paulo Barbosa de Campos Filho (v Ação Popular Constitucional, pág. 7), se completam, pois, em ambas, está presente a característica das "populares actiones" — a satisfação do interesse coletivo.

III — Das ações populares do Direito Romano, entendiam renomados juristas que haviam passado para o nosso, apesar de inexistir dispositivo expresso na legislação pátria, as intentáveis por qualquer do povo para a conservação das coisas públicas, porque, segundo eles, silentes as Ordenações Filipinas, lei alguma revogara expressamente as disposições romanas nas quais se fundavam ditas ações.

Em 1893, era criada no Brasil, uma ação de cunho popular, através do Dec. nº 173, a qual se destinava a dissolver sociedades civis ilícitas.

Em 1915, surgiu na Bahia, a Lei 1.102, que, no seu art. 88, concedia a qualquer munícipe ação para reaver bens ou direitos do Município, que tivessem sido usurpados. O particular, porém, só podia promovê-la se, provocados o Intendente e o Conselho, nenhuma medida fosse tomada em tal sentido.

Com a vigência do Código Civil, a quase totalidade dos doutrinadores passou a entender que tais ações haviam desaparecido, pois só podia exercer o "jus actionis", segundo o art. 87 do referido diploma legal, quem tivesse legítimo interesse econômico ou moral que tocasse diretamente a si ou a sua família.

Por seu turno, a jurisprudência, com base no estatuto civil, decidia que ao particular só era lícito agir em juízo em defesa da

"res publica", se o fizesse postulando algum direito próprio (v. RT 87/105).

A Carta Política de 1934 (art. 113, § 38), rompendo com este preconceito, criou uma ação popular de grande valia, não só por ensejar a decretação de nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou Municípios, como também por permitir a fiscalização da atividade administrativa.

A Lei Maior de 1937, contudo, a aboliu; tal fato decorreu do regime ditatorial que, à época, foi implantado no nosso país.

Isso, todavia, não tornou incompatível o surgimento de outros tipos de ações populares que tivessem finalidade diferente da então revogada pela CF de 1937. E, como prova disso, o CPC de 1939, no seu art. 670, fez ressurgir a ação, antes criada pelo Dec. 173, de 1893.

Em 1946, restabelecida a democracia, voltou a figurar no Brasil, a ação popular para desfazimento de atos lesivos ao patrimônio público (artigo 141, § 38), abrangendo, também, a defesa dos bens das autarquias e sociedades de economia mista.

Gerou-se, na época, por inexistir lei ordinária regulamentadora do preceito constitucional supramencionado, acirrada controvérsia entre juristas e magistrados, quanto à aplicabilidade imediata do aludido "remedium juris". O entendimento dominante, porém, foi o de que o dispositivo retromencionado, por haver criado uma ação de grande significado público, não podia ficar à mercê de regulamentação para ser aplicado.

A norma jurídica regulamentadora só veio à lume em 1965, embora, desde 1952, houvesse projetos com tal finalidade.

Várias críticas têm sido formuladas contra a prefalada lei; uma delas é a de que este diploma legal não contém disposição que permita ao autor requerer a suspensão "in limine" do ato impugnado, hipótese, aliás, prevista no Projeto "Bilac Pinto".

Apesar de a lei ser silente, Paulo Barbosa de Campos Filho (ob. cit. pág. 59) e Hely Meirelles (Dir. Adm. Brasileiro, pág. 589) entendem, com acerto, ser admissível o uso da liminar, tendo em vista que, em determinados casos, o ato atacado, se não for sustado imediatamente, será irreparável (ex.: destruição de monumento histórico).

A CF de 1967, tanto na redação originária, como após suas emendas, continua a consagrar a "actio popularis", o que denota a relevância desta em nosso país.

B) O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

IV — O M.P. é o órgão estatal que procura tutelar, com atuação militante, o interesse público e a ordem jurídica, na relação processual.

O "parquet" assume, em hipóteses previstas taxativamente em lei, a titularidade da ação civil, quando, normas pertencentes ao campo do direito privado, interessam sobremaneira à ordem pública, a fim de fazer atuante o ordenamento jurídico em face de situações que, substancialmente, o atingem.

Este seu atuar tem o escopo de impedir, em certos casos, que, inertes os particulares, seja mantido o descumprimento de normas jurídicas desta conotação publicística.

Por isso, em tais hipóteses, o legislador achou por bem não entregar exclusivamente aos particulares o "jus actionis", porquanto, acima dos interesses privados, existe um maior — o do Estado — em manter íntegros certos preceitos contidos no seu ordenamento jurídico, os quais, se desrespeitados, atingem diretamente toda a coletividade.

Pode-se dizer, então, que "in casu", surge a ação civil pública, pois o seu exercício não fica na dependência da vontade particular (o que lembra a ação penal pública), mas, pelo contrário, dada a relevância social de certas normas jurídicas, é entregue ao MP, o qual, na espécie, regido pela indisponibilidade, deve, ao encontrar base legal para propor a ação, promovê-la, sem que possa também, por ser ela indisponível, desistir ou transigir.

Ela só ocorre, entretanto, em caráter excepcional, isso porque o seu uso representa uma exceção ao princípio dispositivo, o qual é característico em nosso direito processual civil.

Arruda Alvim, sobre isso, diz:

> "isto significa que esta estrutura resguarda a liberdade dos particulares, pois só em certos e determinados casos pode tal liberdade ser afetada" (v. CPC Comentado, vol. III, pág. 370, ed. 1976).

V — Casos existem em que o MP, atuando em nome próprio propõe, no dizer de Frederico Marques, como substituto processual de determinadas pessoas, a ação (ex.: demanda para obter reparação de dano proveniente de infortúnio trabalhista).

Na espécie, não se trata propriamente de atuação "pro populo", mas pelo direito particular, o qual, porém, fica sob a proteção estatal.

A pretensão de direito material pertence, no exemplo acima mencionado, ao acidentado ou, na falta deste, aos seus beneficiários; entretanto, o Estado não é estranho a ela, pois o acidente do trabalho, implicando na perda, redução da capacidade laborativa do obreiro, ou na morte do mesmo, pode gerar, se não indenizado, problemas sociais.

Por tal motivo, o MP, desde que provocado pelo interessado, propõe a demanda acidentária.

Por último, cabe dizer que o "parquet", ao promover a demanda, está litigando sempre como parte, no sentido processual, mas sem qualquer faculdade de transigir ou desistir, pois o direito material protegido pela ação não lhe pertence.

VI — Como interveniente, o MP zela pela fiel execução da lei, nas hipóteses previstas no art. 82 do CPC, em outros dispositivos deste estatuto (ex.: art. 944 — usucapião) e em leis extravagantes (ex : Lei 1.533/51).

A sua intervenção ocorre, ora pelo fato de existirem na causa interesses de determinadas pessoas (ex.: incapazes), ora pela própria natureza da lide (ex.: — ação de desquite).

O M.P. não ingressa, todavia, nestas demandas para proteger interesses privados dos litigantes, mas o do Estado na correta aplicação do ordenamento jurídico.

"Ele age, "como diz Chiovenda, "como representante do interesse público numa causa entre outros" ("apud" Manual de Dir. Proc. Civ., Frederico Marques, pág. 289, ed. 1976).

Daí, nenhuma vinculação tem com o direito privado dos contendores, embora possa, casualmente, estar ao lado de um, de ambos (quando opinar pela procedência parcial da lide), ou contra estes, se descobrir colusão para fraudar a lei (esta é, aliás, hipótese na qual o MP propõe ação rescisória, art. 487, II, "b", do CPC).

Assim, se p. ex., há menor no processo, o "parquet", não só cuida de como fiscal da lei, assegurar a igualdade entre as partes (suprindo deficiências que o representante ou assistente legal do incapaz cometa), a fim de o juiz, tendo de fazê-lo, não perder sua eqüidistância, como também diz qual a solução juridicamente correta para cada incidente processual, ou para o "meritum causae", sem qualquer ligação com o direito do incapaz.

Por tal motivo, se existir aquela igualdade, ou não havendo condições para sua existência (pelo fato de o menor estar irregularmente representado ou assistido, o que viola a lei — art. 267, IV, CPC), o "custos legis" está livre para, opinando, apontar a solução legal adequada para a controvérsia, e para recorrer, quando seu ponto de vista for desacolhido, mesmo que o faça contrariamente ao incapaz, pois o seu papel é defender o ordenamento jurídico e não os particulares envolvidos no litígio.

A intervenção do M.P., conquanto, "in casu", se baseia na qualidade da parte, não o vincular à defesa do interesse privado desta,

visto como o mesmo interesse público que legitima o "custae legis" a impedir seja o menor, p. ex., prejudicado pelo seu representante ou assistente legal, também o legitima a, zelando pela fiel atuação do Direito, pronuncie-se pela rejeição da pretensão do incapaz, quando desprovida de fundamento legal, pois o interesse público nem sempre se encontra ao lado deste.

"Não é correto", afirma José Fernando da Silva Lopes, "como já se deixou claro anteriormente, afirmar que nesta intervenção busca o Ministério Público proteger o interesse do incapaz, mas, obviamente, nela se busca suprir deficiências no exercício de direitos e faculdades processuais, impedindo que o juiz, sendo obrigado a supri-las, comprometa sua neutralidade. E assim assentada a finalidade da intervenção, não se dirige ela a favor de interesse privado da parte incapaz, mas a favor do interesse público na correta aplicação da lei, feita por um juiz eqüidistante e neutro, depois que se consumiu toda a atividade processual necessária a uma sentença justa" ("in" o Ministério Público e o Processo Civil, pág. 51, ed. 1976).

Oportuno, também, é transcrever-se a lição de Jorge Luiz de Almeida, quando assevera:

> "Confundir o órgão do Estado, com representante dos interesses do incapaz, vale por não distinguir 'organicidade' de 'representação', por ter como público o que é particular do incapaz" (v. *Justitia*, 88/474)

Daí, afirmar Moniz de Aragão que:

> "Com isso fica demonstrado que, nos casos de intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, seja qual for o rumo em que se oriente a sentença, haja ou não mais de um motivo para sua atuação, é impossível aplicar-se o disposto no art. 249, § 2º, pois não se configurará jamais a hipótese de o juiz poder decidir o mérito a favor do interesse público, impondo-se, sempre e inquestionavelmente, a declaração da nulidade, se em tais causas não houver funcionado o Ministério Público" (v. Comentários ao CPC, vol. 2, pág. 300, ed. 1974)

Quando, em face da natureza da lide, existe intervenção do "parquet", esta tem por fim, do mesmo modo que na anterior hipótese, fazer atuar corretamente a lei, independentemente dos interesses defendidos em juízo pelos contendores.

C) O MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR: SENTIDO DO ART. 6º, § 4º, DA LEI Nº 4.717/65

VII — O art. 6º, § 4º, da Lei nº 4.717/65, assim dispõe:

"Art. 6º ...
§ 4º. O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, *sendo vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores*" (grifamos).

Tendo em vista a vedação suprareferida, o M.P. deve-se pronunciar sempre em favor do autor?

A nosso ver, não.

O que a lei proibe ao "parquet" é *assumir* a defesa do réu, ou seja, praticar atos específicos de defensor (ex.: recorrer quando a demanda for julgada procedente), mas, não, opinar pela improcedência da ação, se entender que o ato impugnado nenhuma lesividade causou ao patrimônio público, isso porque quem é chamado a emitir sua opinião sobre determinado litígio (e o M.P., quando interveniente, o faz, através de pareceres) se coloca em posição imparcial.

Quem opina, apenas, não está agindo como defensor de qualquer dos litigantes; isso só aconteceria se o M.P., p. ex., impugnasse sentença contrária ao demandado, porquanto, na espécie, estaria praticado ato típico de defesa (o que a lei enfocada não permite em hipótese alguma), visto como se lhe é dado recorrer quando a decisão for contrária ao autor (v. art 19, § 2º).

O vocábulo "assumir" significa: "tomar sobre si ou para si, avocar, entrar no exercício de, tomar conta de" (v. Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa, Aurélio B. de Holanda e José B. da Luz, pág. 125).

Ora, a atitude daquele que assume a defesa de determinada pessoa é, como se vê, diferente daquela de quem, por lhe ter sido pedida a opinião, admite estar tal pessoa com razão.

Daí, o "parquet" não está, segundo pensamos, proibido de, ao exame de uma alegação feita pelo réu, em matéria preliminar, opinar em desfavor do demandante; nada o impede, também, de, analisando as provas, manifestar-se, quando convencido da não lesividade do ato atacado, pela improcedência da ação, pois, quanto a isso, inexista qualquer entrave legal.

A norma jurídica em foco impede-lhe, somente, de, na espécie, recorrer.

É hipótese assemelhada à que ocorre no processo penal, a qual permite ao M.P. opinar pela absolvição do réu, mas não estende o direito a ponto de facultar ao "parquet" o uso, no caso, de recurso.

Nem se diga que o "custos legis" tem o dever de sempre sustentar o pedido constante da inicial, ponto de vista, aliás, defendido, durante algum tempo, por Mário de Salles Penteado (v. "Justitia", 59/145), vez que, se assim o fosse, estaria compelido a prosseguir a demanda quando o autor desse lugar à extinção do processo (antiga absolvição de instância), o que não acontece (v. art. 9º do diploma legal supramencionado).

É óbvio que, existindo motivos suficientes para o prosseguimento, ele o fará; mas isso não o obriga a dar continuidade à demanda para fazer valer, a qualquer custo, o pedido do autor.

Na "actio popularis", o M.P. oficia em defesa do patrimônio público e, por isso, apressa a produção da prova requerida pelo autor, bem como os documentos que o juiz, de ofício, requisitar, a fim de descobrir se, efetivamente, ocorreu algum dano à "res publica"

Entretanto, quando nada comprovar tal lesão, o "custos legis" estará desobrigado de abonar os argumentos do suplicante, podendo, destarte, manifestar-se contrariamente a este, pois nenhuma proibição existe a respeito.

O órgão encarregado de fiscalizar a aplicação da lei só desempenha, na ação em tela, o papel assemelhado ao de litisconsorte do autor, na medida em que este pugnar, na realidade, em prol do interesse público ("in casu", a defesa da "res publica").

Quando, no entanto, o demandante se afastar da finalidade da demanda, por simples erro ou malícia (caso em que ele é condenado a pagar o décuplo das custas — art. 13), o M.P. nenhuma obrigação terá de dar-lhe apoio, visto como desaparecido estará o fundamento deste "remedium juris".

Se o ato nenhum prejuízo traz ao patrimônio público, seria incoerente que o "parquet", como fiscal da lei, fosse compelido a, mesmo assim, pedir a procedência da demanda.

Como bem acentua Jorge Luiz de Almeida:

> "No cotejar os elementos de convicção, o Ministério Público está obrigado para com a verdade que se impõe à sua consciência, que é a vontade da lei e pode não ser a do autor popular" (in" R.T. 436/280).

Por outro lado, nenhum motivo existe para se pensar que o "custos legis", posto que não esteja obrigado de sustentar o pedido do autor, deva, porém, se convencido da improcedência da ação, omitir-se de opinar nesse sentido (v. "Justitia" 62/117-119 — parecer de Agripino Vieira de Souza — e Ação Popular Constitucional, Paulo Campos Filho, págs. 131-132).

Aliás, Agripino Vieira de Souza, mesmo entendendo que o "parquet" nunca poderia emitir parecer desfavorável, no mérito, ao autor, acha, entretanto, inexistir impedimento de este órgão:

> "em obediência à sua condição primeira de fiscal da lei, pronunciar-se livremente sobre feições preliminares de cunho processual, ainda que resulte a condição de inviabilidade da ação, nos termos propostos" (Rev. cit., pág. 117).

Ora, como já frisamos, quem opina não está assumindo a defesa de pessoa alguma; por isso, a nosso ver, nenhuma vedação existe ao M.P. quanto ao exercício de sua função de "custos legis", externando seu ponto de vista relativamente a todas as questões ventiladas no processo, tanto pertinentes à regularidade da relação processual, como ao "meritum causae", pois:

> "Se o interesse da comunidade é pela improcedência da ação, lícito é ele se manifestar pela improcedência da lide, sem entrave nem constrangimento, que entrave, nem constrangimento nenhum a lei contém" (v. "Justitia" 77/273 — parecer de Mário de Salles Penteado).

O impedimento contido na lei colima, apenas, o não exercício pelo M.P. de atos tipicamente de defesa (recursos, p. ex.); isso porque o "parquet", ao tomar a iniciativa de qualquer ato, na demanda, só o pode fazer como se fosse autor e nunca como réu.

Nenhum obstáculo, porém, pode-se ver quanto à emissão de pareceres, atos, em sua essência, meramente opinativos.

Só não lhe foi outorgado a faculdade de praticar atos que só podem ser praticados pelo sujeito passivo da demanda, através de seu advogado(ex : recorrer, quando a ação for julgada procedente), isso porque a Lei nº 4.717/65, ao prever hipótese de assunção pelo M.P. da posição de autor (v. art. 9º), excluiu, consequentemente, a hipótese contrária, a fim de não se confundirem no mesmo sujeito atividades conflitantes.

C) CONCLUSÕES:

1) O Ministério Público, na ação popular, está proibido de assumir a defesa do réu, ou seja, praticar atos que são próprios desta parte (ex.: impugnar sentença que julgue a demanda procedente), mas, não, opinar em desfavor do autor.

2) A vedação supramencionada é decorrência do fato de a lei ter previsto a hipótese de o "parquet" desempenhar o papel de autor, o que exclui, por consequência, a de poder aquele agir como se es-

tivesse no lugar do defensor do suplicado, pois, caso contrário, confundir-se-iam no mesmo sujeito atividades opostas.

FONTES DE CONSULTA:

1 — RDA, vols. VI e VII.

2 — Rev. dos Tribunais, vols. 87 e 436

3 — Ação Popular Constitucional, Paulo Barbosa de Campos Filho, ed. 1968.

4 — Direito Administrativo Brasileiro, Hely Meirelles, ed. 1968.

5 — Comentários ao Cód. de Proc. Civil, Moniz de Aragão, vol. 2, ed. 1974.

6 — Código de Processo Civil Comentado, Arruda Alvim, vol. III, ed. 1976.

7 — O Ministério Público no Processo Civil, José Fernando da Silva Lopes, ed. 1976.

8 — Instituições de Dir. Processual Civil, Frederico Marques, ed. 1976

9 — "Justitia", vols. 59, 62, 77 e 88.

OBSERVAÇÕES:

OBSERVAÇÕES:

COMPOSTO E IMPRESSO NAS OFICINAS DE
MOUSINHO ARTEFATOS DE PAPEL LIMITADA
RUA DO ARAGÃO, 89 — RECIFE — PERNAMBUCO