

REVISTA DE DIREITO PENAL

**ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS
PENAIAS DA FACULDADE DE DIREITO
CÂNDIDO MENDES**

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

Ns. 7/8

JULHO-DEZEMBRO/1972

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIIS

Faculdade de Direito Cândido Mendes
Rua Visconde de Pirajá, 351 — Ipanema
20000 — Rio de Janeiro, GB

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (Diretor), ALEXANDRE G. GEDEY, EDERSON DE MELLO SERRA, HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS, JOAQUIM DIDIER FILHO, NILO BATISTA (Secretário), OLÍMPIO PEREIRA DA SILVA, RAFAEL CIRIGLIANO FILHO, SÍLVIO AMORIM DE ARAÚJO, VIRGÍLIO LUIZ DONNICI

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
DOUTRINA	
Comissão Especial da OAB (Ivo D'Aquino, pres., Heleno Cláudio Fragoso, relator, Carlos de Araújo Lima, Serrano Neves e Evaristo de Moraes Filho) — Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão	7
Luiz Alberto Machado — Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta	37
PARECERES	
Roberto Lyra — O crime de defraudação de penhor	59
Victor Nunes Leal — Competência para julgamento de membros do M. P. acusados de crimes contra a União	65
José Frederico Marques — Competência para julgamento de membros do M. P. acusados de crimes contra a União ...	87
COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES	
Evandro Lins e Silva — A apelação criminal “ex officio” e a nova Lei sobre entorpecentes	95
RESENHA BIBLIOGRAFICA	103
JURISPRUDÊNCIA	
Aborto. Concurso na ação da gestante	109
Competência para o processo e julgamento de Deputado Federal. STF	109
Comutação de pena. Bom comportamento carcerário	109
Confissão	110
Defesa por estagiário. Ausência de nulidade	114
Denúncia. Abuso de poder	114
Denúnciação caluniosa. Inquérito não encerrado	115
Divulgação subversiva	117

Expulsão de estrangeiro. Filho dependente da economia paterna	118
"Habeas corpus". Detenção em lugar ilegítimo ou inadequado ..	119
Identificação dactiloscópica. Constrangimento ilegal	120
Lei de Imprensa. Direito de resposta	120
Livramento condicional. Crimes em concurso material	120
Prescrição pela pena concretizada. Tempo decorrido entre o fato e a denúncia	125
Prisão administrativa. Inaplicável a contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados	126
Prisão especial cessa com a condenação definitiva	129
Propriedade industrial. Violação de patente	129
Reincidência específica. Estelionato e apropriação indébita ..	130
Reincidência específica. Furto e estelionato	130
Revisão criminal. Reiteração. Prova nova	130
Sentença. Nulidade por deficiência de relatório	130
Liberdade de imprensa e segurança nacional (Decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso New York Times e Washington Post)	131
 LEIS E PROJETOS	
Convenção Interamericana sobre extradição	163
 Anteprojeto de lei	
Define as infrações penais relativas à circulação de veículos, regula o respectivo processo e julgamento e dá outras providências	171
Código Penal Tipo para a América Latina (Parte Geral) ..	181

EDITORIAL

Interrompeu-se, por algum tempo, a publicação desta revista por razões inteiramente alheias à vontade e ao controle de sua direção. Deveu-se o fato a dificuldades que a seu antigo editor sobrevieram em seus negócios e que conduziram ao encerramento de suas atividades nesse setor.

A partir deste número, passa a Revista de Direito Penal a ser publicada pela Editora Revista dos Tribunais, que assume a responsabilidade de sua edição, assegurando desde logo a regularidade de seu aparecimento. Três números duplos, com maior quantidade de páginas serão publicados de imediato, relativos ao segundo semestre de 1972 e aos dois semestres do ano de 1973, passando a revista, então, à edição trimestral, rigorosamente em dia.

★

Neste número publicamos o extenso e metucioso estudo realizado pela Comissão Especial designada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobre os ilícitos penais do trânsito, bem como o anteprojeto de lei que o acompanhou. Pareceu-nos importante divulgar desde logo este trabalho sobre um dos problemas mais difíceis e complexos, que atinge entre nós proporções de autêntica calamidade. O estudo que a Comissão realizou parte de sólida pesquisa sobre a matéria, com penetrante análise e crítica da legislação vigente. O anteprojeto elaborado pela Comissão (que o Senador Nelson Carneiro apresentou ao Senado como projeto de lei) merece a atenção de todos os especialistas.

Na parte doutrinária publicamos também excelente estudo do Prof. Luiz Alberto Machado sobre estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. O autor examina a matéria com segurança, tendo em vista as inovações que sobre a matéria introduz o novo CP.

Nesta edição incluímos três pareceres. Do mestre Roberto Lyra, sobre o crime de defraudação de penhor; do Min. Victor Nunes Leal e do Prof. José Frederico Marques, sobre a questão da competência para julgamento de membros do M.P. acusados de crimes contra a União. A matéria adquiriu grande relevo em face da

omissão da Constituição Federal, hoje suprida por lei ordinária. Os pareceres examinam em detalhe a questão jurídica em seus múltiplos aspectos.

A jurisprudência do STF já se fixou quanto à inexistência do recurso de ofício no crime de tráfico e posse ilícita de substância entorpecente ou capaz de gerar dependência física ou psíquica. A questão continua, no entanto, a ser objeto de controvérsia. Neste número publicamos trabalho do eminente Min. Evandro Lins e Silva sobre a matéria, orientando-se no sentido da jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal, que nos parece incensurável.

Nesta edição o leitor reencontrará as seções habituais, inclusive extenso noticiário e a resenha de jurisprudência, no estilo adotado por esta revista. Na parte de leis e projetos incluímos, além do já mencionado anteprojeto da OAB sobre os ilícitos penais do trânsito, a convenção interamericana sobre extradição e a Parte Geral do Código Penal Tipo para a América Latina. Como se sabe, prosseguem as reuniões da Comissão Redatora do Código, ora no exame da Parte Especial. Todavia, a Parte Geral do ambicioso projeto já está concluída, tendo sido aprovada na reunião plenária celebrada em São Paulo, em 1971. O texto em português é da responsabilidade do Prof. João Bernardino Gonzaga.

★

A partir da próxima edição desta revista, que brevemente aparecerá, iniciaremos a publicação de todos os materiais preparatórios relativos à elaboração do novo CP, que vigorará a partir de 1.º de julho de 1974. São elementos extremamente importantes para o estudo e conhecimento do novo Código.

H. C. F.

DOCTRINA

OS ILÍCITOS PENAIS DO TRÂNSITO E SUA REPRESSÃO (*)

Introdução

1. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu nomear Comissão para reexaminar a vigente legislação relativa aos ilícitos penais cometidos na circulação de veículos, tendo presente o grave problema que constituem os acidentes de trânsito em nosso país. Foram designados para integrar a comissão os conselheiros Ivo D'Aquino, escolhido seu presidente, Carlos de Araújo Lima, F. A. Serrano Neves, Antonio Evaristo de Moraes Filho e Heleno Cláudio Fragoso, este último designado relator.

Iniciando seus trabalhos, a Comissão solicitou a cooperação de todos os Conselhos Seccionais, sindicatos e associações de classe representativas de atividades relacionadas com o trânsito e a indústria automobilística. Valiosas contribuições foram recebidas, sendo justo destacar a coletânea elaborada pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, especialmente para a comissão. Essa coletânea, compreendendo toda a legislação pertinente e todos os projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal sobre a matéria, bem como outros subsídios, constituiu um dos mais importantes instrumentos de trabalho com que contou a comissão.

Os trabalhos da comissão desenvolveram-se através de numerosas reuniões de que participaram ativamente todos os seus membros. Além de extensa pesquisa legislativa e bibliográfica, minuciosa pesquisa foi realizada em diversas Varas Criminais no Estado da Guanabara, proporcionando exata visão de como funciona a Justiça penal relativamente a esse tipo de infrações.

* Relatório elaborado pela Comissão Especial instituída pelo Conselho Federal da OAB, composta dos Conselheiros IVO D'AQUINO (presidente), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (relator), CARLOS DE ARAÚJO LIMA, SERRANO NEVES e EVARISTO DE MORAIS FILHO.

A tarefa da comissão foi circunscrita à elaboração de anteprojeto de lei relativo aos ilícitos penais do trânsito e a seu julgamento, tendo-se em vista as graves deficiências de nossa legislação vigente neste assunto, ou seja, a apenas um dos aspectos do complexo problema.

1.^a PARTE

OS ILÍCITOS PENAIS DO TRÂNSITO E SUA REPRESSÃO PELA LEI VIGENTE

2. O desenvolvimento da indústria automobilística entre nós é recente, tendo-se iniciado em 1957. Alcançou, no entanto, resultados surpreendentes, ocupando hoje o oitavo lugar no mundo. Nossa frota de veículos é hoje estimada em 4.500.000 unidades. De 987.613 unidades licenciadas em circulação em 1960, passamos para o total de 3.126.559, em 1970,¹ sendo constantemente superados os recordes de produção. Segundo dados levantados pelo Sindicato Nacional da Indústria de Tratores, Caminhões, Automóveis e Veículos Similares, alcançou-se em maio do corrente ano o recorde da produção mensal, com 65.000 unidades e, inclusive, o recorde da produção diária, 2.976 unidades. A produção acumulada do exercício (até o mês de maio, inclusive), foi de 278.000 unidades, contra 245.041, no correspondente período de 1972, observando-se um aumento de 13,4%.²

Somos um povo recentemente motorizado, e em escala que superou todas as previsões, nos grandes centros urbanos. Em 1960, havia no país um veículo para cada 62 pessoas. Hoje, a proporção é de um veículo para cada 22 pessoas. 80% dos veículos existentes no país estão nas áreas metropolitanas do Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife e Salvador, segundo dados do Ministério dos Transportes, situando-se, assim, nessas áreas, os graves problemas da circulação. Só em São Paulo são licenciados, em média, 300 veículos por dia. Na Guanabara são emplacados 140.000 novos veículos por ano.³

O ritmo de produção indica aumento de 20% por ano. Se em 1974 produzirmos, como se espera, um milhão de veículos, é quase certo que antes de 1980 ultrapassaremos a casa dos dois milhões de veículos por ano, com cerca de 12 milhões em circulação.⁴ Isso exigirá, pelo menos, a duplicação da rede rodoviária nacional.

3. Nem só na produção batemos recordes. Também no que se refere aos acidentes temos alcançado cifras impressionantes, a revelar a gravidade do problema que nos ocupa.

1. *Anuário Estatístico dos Transportes*, 1970, Ministério dos Transportes, IBGE.

2. Cf. *Jornal do Brasil*, de 17.6.1973.

3. Cf. *Jornal do Brasil*, de 4.8.1973.

4. Cf. *Jornal do Brasil*, de 12.7.1973 e 4.8.1973.

Embora não haja estatísticas acuradas, que possam fornecer dados precisos, são bem significativos os índices revelados por diversos levantamentos, mostrando sempre sucessivos aumentos em números absolutos.

Os levantamentos do IBGE assinalam um aumento de 63.000 acidentes ocorridos no país em 1966, para o total de 144.000, em 1969. O total de mortos nesses dois anos é de 5.180 e 7.570, respectivamente, passando o total de feridos de 46.900 para 86.800.

As estimativas do CONTRAN indicam os seguintes resultados, a partir de 1970:

Ano	Total de acidentes	Mortos	Feridos
1970	149.600	8.100	93.500
1971	162.500	8.600	100.000
1972	175.500	9.000	107.000
1973	188.000	9.500	114.000
1974	201.000	10.000	121.000

Os dados estatísticos de acidentes em estradas federais, levantados pelo DNER e relativos aos anos de 1971 e 1972, revelam um aumento de 7% no total. Tais acidentes causaram 2.178 mortes e lesões corporais em 14.860 pessoas. O número de mortes refere-se apenas aos que faleceram no local do desastre. Essas estatísticas mostram que o maior número de acidentes coincide com a maior densidade de tráfego, situando-se, nos primeiros lugares, as rodovias Rio-São Paulo, Feira de Sant'Ana-Salvador e São Paulo-Curitiba. 43,2% dos acidentes ocorrem nos meses de férias (janeiro, fevereiro, março, julho e dezembro); domingo é o dia de maior incidência, seguido do sábado, e a maioria dos desastres (31,8%) ocorre entre 16 e 21 horas. Dos acidentes havidos em 1972, 49,6% foram causados por veículos de passeio; 42,1% por caminhões e 6,4% por coletivos.⁵

Na rodovia Presidente Dutra, que ocupa o primeiro lugar, como vimos, nesta trágica estatística, tivemos, no primeiro semestre do corrente ano, a média de 16 mortos por mês. No período de janeiro a abril houve nessa estrada 1.280 acidentes, com 67 mortos e 698 feridos.⁶ Em São Paulo, o número total de acidentes passou de

5. Cf. *Jornal do Brasil*, de 13.3.1973.

6. Cf. *Jornal do Brasil*, de 13.3.1973. Notícias recentes confirmam a situação terrível do trânsito na Rio-São Paulo. No fim de semana prolongado pelo feriado de 7 de setembro, no corrente ano, registrou-se o que os jornais denominaram recorde de acidentes nessa estrada: 44 desastres com 29 feridos e 7 mortos. Nas cinco estradas de acesso ao Rio de Janeiro nesse fim de semana ocorreram 119 acidentes envolvendo 211 veículos, com ferimentos em 51 pessoas e 11 mortos. Fonte: DNER (*Jornal do Brasil*, de 11.9.1973).

33.974, em 1970, para 40.923, em 1971, e 52.541, em 1972. Nesses três anos, o número de feridos foi de 19.348, 23.204 e 29.791, respectivamente, e o de mortos, 1.883, 2.386 e 3.063.⁷ No primeiro trimestre de 1973, nas estradas de São Paulo, houve 1.753 acidentes, provocando a morte de 528 pessoas, ferimentos graves em 1.253, e, leves em 2.423.⁸

4. Análise metódica das estatísticas revela que o aumento impressionante no número de acidentes e vítimas está em correspondência com o aumento no número de veículos em circulação. Tem sido pequeno ou nulo o aumento do número de acidentes em termos relativos. Na Guanabara, por exemplo, o total de acidentes no período de 1958 a 1969 passou de 8.287 para 32.153. No mesmo período, a quantidade de veículos emplacados subiu de 103.180 para 359.860. O número de acidentes em cada 1.000 veículos passou de 80 para 89. No ano de 1964, quando foram eliminados os lotações, o índice desceu a 43 acidentes por cada 1.000 veículos.⁹

Em São Paulo, nos anos de 1970, 1971 e 1972, o total de acidentes em cada 10.000 veículos foi de 652, 670 e 669, respectivamente.¹⁰

Os índices de acidentes de trânsito no Brasil são os maiores do mundo. Em nosso país ocorrem 33 mortes por tais acidentes, em cada 10.000 veículos em circulação. Na Alemanha, o índice é de 13,8. Na Itália, 11,6. Na França, 10,9 e nos Estados Unidos, 5,4.¹¹ A desproporção entre o número de veículos e o de acidentes é o que realmente impressiona. No ano de 1970, por exemplo, houve nos Estados

7. Cf. *Jornal do Brasil*, de 27.5.1973. Contribuição vitimológica interessante foi dada pelo Simpósio sobre acidentes do tráfego com crianças, patrocinado pela Sociedade Brasileira de Pediatria, e realizado em São Paulo, em junho de 1973. Segundo dados fornecidos pelo DETRAN de São Paulo, em 1971, durante seis meses, 207 crianças morreram e 2.104 foram feridas, correspondendo a 9,2 e 8,6% do total de mortos e feridos em acidentes do trânsito na cidade (cf. *Jornal do Brasil*, de 24.6.1973). Estudos realizados no estrangeiro indicam que as próprias vítimas em tais casos são geralmente culpadas pelo acidente. Cf. LANGELAAR, MAARTENSE e ROOTLIEB, *Traffic Accidents to Young Pedestrians, Excerpta Criminologica*, 8/3, pág. 173 (1968). Os autores verificaram que 83,2% dos acidentes envolvendo menores de 0-19 anos, com resultado morte ou lesão corporal grave, foram causados pela própria vítima, geralmente por travessia incorreta da rua.

8. Cf. *Jornal do Brasil*, de 24.6.1973.

9. *O Livro Negro do Trânsito*, DETRAN, Guanabara.

10. Nos três anos a que nos referimos, o total de acidentes foi de 33.974, 40.923 e 52.541, respectivamente, e o número de veículos licenciados, 520.981, 611.153 e 784.648. A correlação com a população (5.921.723, 6.210.738 e 6.513.822) é interessante. Para cada 100.000 habitantes, o número de feridos foi de 327, 368 e 457; e o de mortos, 32, 38 e 47. Cf. *Jornal do Brasil*, de 27.5.1973.

11. *O Estado de S. Paulo*, 29.6.1973.

Unidos 55.000 mortes em acidentes, para 105 milhões de veículos em trânsito. No mesmo período, tivemos no Brasil 10.000 mortes para 3 milhões de veículos. Isso significa que, se prevalecesse nos Estados Unidos a proporção brasileira, lá haveria naquele ano 350.000 vítimas.¹²

5. A constância nos índices de acidentes entre nós parece revelar que existe toda uma estrutura defeituosa que abrange os diversos setores em que se apresenta a questão do trânsito. Isso está a exigir completa revisão de todos eles, para a todos dar uma formulação moderna, compatível com o desenvolvimento do país. O fenômeno que hoje ocorre no Brasil já ocorreu em outros lugares. Na cidade de Nova York, por exemplo, no final dos anos 30, havia mais acidentes com resultado morte do que hoje.¹³ Somente com as profundas transformações introduzidas em 1950 modificou-se a situação. Criou-se então um Departamento de Trânsito (correspondente a uma Secretaria de Governo), retirando-se do Departamento de Polícia tudo o que se referia a trânsito, salvo o policiamento.¹⁴ Iniciou-se então um extenso programa de engenharia do tráfego ao lado de vasto programa educacional, inclusive nas escolas. Ao mesmo tempo foram instituídos os cursos de educação para os motoristas.

Não há dúvida de que as questões relativas à engenharia do trânsito soblevam a todas as demais na prevenção de acidentes. A experiência de vários países o demonstram de forma cabal.¹⁵ Segundo notícias recentes, na Alemanha Ocidental, graças a tráfego bem sinalizado e com moderna aparelhagem, os acidentes com vítimas fatais diminuíram de 30% nos últimos três anos, enquanto o volume de trânsito aumentava em 50%. A experiência de Nova York nesse sentido é também muito significativa.¹⁶ Tem razão MANCA quando afirma que o aumento no número de acidentes não é afetado inicialmente pelo maior rigor das sanções penais, mas sim pela tentativa de eliminar suas causas técnicas, biológicas, psicológicas e legais.¹⁷

12. Cf. WALDIR DE ABREU, *Temas Fundamentais dos Códigos de Trânsito*, Rio de Janeiro, 1971, 9.

13. Para 800.000 veículos em circulação, registrava-se 1.300 acidentes dessa categoria por ano. Hoje para 1.850.000 veículos, apenas 900. Tais elementos foram fornecidos verbalmente ao relator da comissão por Theodore Karagheuzoff, antigo *Traffic Commissioner* de Nova York.

14. Esse critério é defendido com entusiasmo pelos especialistas nos Estados Unidos.

15. Cf. *A Colloquy on Motor Vehicle and Traffic Law*, National Research Council, Washington, 1965.

16. Cf. *Jornal do Brasil*, de 16.4.1972; *City of New York Department of Traffic Annual Report 1967*, 7: "Only through continual techniques and devices can street capacities be maintained at an acceptable level."

17. P. MANCA, *L'allarmante fenomeno della criminalità stradale. Un altro problema urgente di Politica Criminale*, *Archivio Penale*, 1964, 203.

É inteiramente ilusório supor que se pode resolver o problema dos acidentes do trânsito através da intimidação penal. A repressão através da pena criminal é apenas um dos elementos de controle, e seguramente não é o mais importante. O policiamento ostensivo impede mais acidentes que qualquer norma penal.

Se a segurança do trânsito exige mais engenharia do que Direito Penal, não pode dispensar eficaz aparato repressivo, que assegure a observância de leis e regulamentos, bem como extenso programa de educação.¹⁸

A Semana de Estudos de Trânsito, realizada em junho do corrente ano, pelo Instituto de Engenharia em conjunto com o Instituto Brasileiro de Segurança, entre suas conclusões gerais, indicou com acerto: "A educação em nosso país deve merecer ainda mais atenção do que a recebida nos países do hemisfério norte, porque entre nós é mais recente a motorização da população, datada de fins da década de 50, com a instalação da indústria automobilística. Nossos pedestres têm menos convivência com o tráfego altamente concentrado e nossos motoristas menos vivência na direção. É enorme no país a porcentagem das cartas de habilitação *zero km.*"¹⁹

A engenharia está presente não só no projeto e construção das rodovias e obras de arte, como também na sinalização, que se destaca como elemento de significação excepcional. As grandes metrópoles instituíram sofisticados sistemas de controle eletrônico computadorizado, que se opera inclusive através de técnicas de controle remoto através do rádio, com resultados surpreendentes.²⁰

A engenharia está também presente na determinação do fluxo do trânsito nas vias, com toda a técnica moderna que a matéria hoje envolve, constituindo juntamente com a sinalização e a comunicação a especialidade Engenharia de Trânsito, bem como na segurança dos veículos, que entre nós tem sido inacreditavelmente negligenciada. Temos visto veículos, de grande peso, com máquinas de grande potência, comercializados sem o sistema de freios necessário (previsto como equipamento opcional) bem como o emprego de pneumáticos inadequados, como fator de redução do preço de venda. Por motivos de ordem financeira, não se hesita em sacrificar a segurança, cer-

18. Veja-se nesse sentido o Projeto n. 873, de 1972, de autoria do Dep. TÚLIO VARGAS, sobre ensino das noções de trânsito nas escolas de primeiro grau. Pesquisa realizada pelo *Jornal do Brasil* e publicada em sua edição do dia 5.8.1973 revela amplo desconhecimento pelos motoristas dos sinais usados nas rodovias.

19. *Revista de Administração Municipal*, n. 103, 107.

20. *City of New York Department of Traffic Annual Report 1967*, cit. 10. Ao que se anuncia, o Brasil adotará o Manual Interamericano de Sinalização. A sinalização das estradas, que é seguro fator de acidentes, será melhorada. As resoluções sobre sinalização do trânsito dependem de decreto do Presidente da República e resolução do CONTRAN.

tamente tendo-se em vista os preços astronômicos dos carros nacionais. Ao contrário do que sucede no exterior, a indústria automobilística brasileira não tem sido importunada pelos órgãos competentes para atender a exigências de segurança.²¹

A situação de nossas estradas é deplorável. Como há pouco declarou o presidente do Sindicato dos Condutores Rodoviários e Anexos de São Paulo, "as estradas estão em péssimas condições de tráfego. 61 pontes da Via Dutra estão construídas irregularmente; não possuem qualquer tipo de acostamento e defesa para os motoristas. As curvas também estão irregulares, sem planejamento, e colocam em risco a segurança de todos. Quando os veículos fazem curvas para a direita, a inclinação delas é para a esquerda, completamente incompatível com as regras de segurança existentes".

Em estatística recentemente divulgada sobre causas dos acidentes nas rodovias, verifica-se que o DNER atribui a defeitos nas estradas 12% dos desastres. "Fazendo autocrítica — lê-se — o Departamento reconhece que o maior defeito das antigas estradas brasileiras é a falta de acostamento, seguindo-se as curvas de pequeno raio, isto é, fechadas. Estradas importantes como a Rio-Bahia (parte da BR-116), trechos da BR-135 (entre o Rio e Juiz de Fora) e da BR-040 (Brasília-Belo Horizonte) apresentam estas falhas apesar de sua importância e volume de tráfego".²² Menos da metade das estradas pavimentadas atende realmente aos padrões técnicos exigidos, sendo comum a ausência de sinalização.²³

É evidente, por outro lado, que os problemas do trânsito, e, pois, dos acidentes havidos na circulação de veículos, estão intimamente vinculados à urbanização. Como se sabe, o crescimento desordenado das grandes metrópoles tem trazido questões complexas e difíceis, seja pelo congestionamento do trânsito nas grandes capitais, seja pelas dificuldades com que operam todos os mecanismos de regulação e repressão além de seus limites máximos de eficiência.²⁴

21. Anuncia-se que o CONTRAN tem efetuado reuniões com os representantes da indústria automobilística para analisar novas normas de segurança de veículos. Cf. *Jornal do Brasil*, de 24.6.1973. Instituinto normas obrigatórias de segurança, cf. Projeto n. 63, de 1973, do Sen. VASCONCELOS TORRES, e os Projetos n. 201, de 1971, do Dep. NINA RIBEIRO (sobre a direção retrátil e o dispositivo indicador da pressão do sistema de freios) e 449, de 1971, do Dep. FERREIRA DO AMARAL (sobre pneus).

22. *Jornal do Brasil*, de 29.7.1973.

23. A rede rodoviária nacional tem atualmente cerca de 1.200.000 km. dos quais aproximadamente 1.000.000 são de estradas municipais e vicinais, e 231 km, de rodovias federais e estaduais. A rede pavimentada nacional é de apenas 71.000 km (pouco mais da metade das estradas federais).

24. A inobservância de regra técnica pode constituir a essência da ação culposa, não podendo funcionar igualmente como agravante. Cf. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 1973, n. 149.

6. As insuficiências de nossa legislação, no que concerne às infrações penais cometidas na circulação de veículos são manifestas. e têm sido assinaladas por vários especialistas.

Limita-se a nossa lei penal, no momento, basicamente, às agravantes previstas para os crimes de homicídio culposo (art. 121, § 4.º) e lesão corporal culposa (art. 129, § 7.º), em regras, aliás, defeituosas, bem como às contravenções de falta de habilitação para dirigir veículo (art. 32 da Lei das Contravenções Penais); à direção perigosa de veículo na via pública (art. 34) e à remoção, inutilização ou omissão de sinais de perigo (art. 36).

A suspensão da licença para conduzir veículo motorizado, que é a mais importante das sanções penais para esse tipo de ilícitos, está prevista como pena acessória (art. 69, IV, e seu parágrafo único, IV). A duração fixada para essa pena (dois a dez anos) faz com que os tribunais a apliquem com parcimônia, depois de terem fixado (após longos e infrutíferos debates) que tal pena não é obrigatória.²⁵

O Código Penal de 1969, embora melhorando sensivelmente a situação de nosso direito atual na matéria, está longe de atender, em suas novas formulações, às exigências de um sistema repressivo eficaz.

A suspensão da licença para conduzir veículos motorizados está prevista apenas como medida de segurança, cujo prazo mínimo é de um ano. Deve ser imposta a medida, "se as circunstâncias do caso e os antecedentes do condenado revelam a sua inaptidão para essa atividade e conseqüente perigo para a incolumidade alheia" (art. 97).

A medida de segurança tem por fundamento a periculosidade do agente, derivando da incapacidade ou da inabilidade do réu para a condução de veículos. Por isso mesmo se aplica ainda que o condenado seja absolvido por inimizabilidade. Este é, no entanto, o aproveitamento menos adequado do importante instrumento repressivo que representa a cassação da licença para dirigir. Ela não pode deixar de ser prevista como pena, ou seja como retribuição ético-jurídica do malefício, fundada na culpabilidade do agente, e, pois, aplicável independentemente da inabilidade ou incapacidade do réu.²⁶

O projeto de Código Penal alemão, de 1962, previa a proibição de conduzir (*Fahrverbot*) como medida de segurança, aplicável quando o agente se revela inapto para dirigir veículo a motor, o que se

25. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal* n. 158.

26. WOLF MIDDENDORFF, num trabalho apresentado à 4.ª Conferência Européia dos Diretores de Institutos de Pesquisa Criminológica (*Sanctions pénales des infractions routières. Changements souhaitables dans l'administration de la justice*), em novembro de 1966, assinalava que "o cancelamento ou a suspensão da licença é a pena mais temível".

presumia em certos casos (§ 99). Todavia, ao lado da medida de segurança previu também a proibição de conduzir como pena acessória (§ 58). Esse sistema prevaleceu no texto definitivo da nova Parte Geral do Código Penal alemão, que entrará em vigor em 1.º de outubro do corrente ano (pena acessória, § 44; medida de segurança, § 69).

É manifesta a insuficiência da suspensão da licença para dirigir, prevista apenas como medida de segurança, pois a imensa maioria dos acidentes de trânsito deriva de imprudência ou negligência do motorista hábil e competente, ao qual não se aplica a medida de segurança, por desnecessária.²⁷

O Código Penal de 1969 previu também o crime de embriaguez ao volante (art. 289), como crime de perigo presumido, sem fixar taxa de alcoolemia, cominando ridícula pena patrimonial (dez a quarenta dias-multa).²⁸

No art. 290, o Código Penal previu figura genérica de crime de perigo, que se configura com a ação de "violar regra de regulamento de trânsito, expondo a efetivo e grave perigo a incolumidade de outrem". Contempla, assim, a lei, como crime de perigo concreto, o que deveria ser a mais importante norma penal para repressão dos delitos praticados na circulação de veículos, e este é o seu defeito imperdoável. A experiência demonstrou amplamente que as normas que definem crimes de perigo concreto, quando não aliados a situação de dano (como ocorre no incêndio, ou no caso de acidente de trânsito apenas com dano material grave), raramente são aplicadas, em face da dificuldade em comprovar a ocorrência do perigo. É o caso, por exemplo, do crime previsto no art. 132 do Código Penal vigente, e da contravenção prevista no art. 34 da Lei das Contravenções Penais.²⁹

A previsão dos crimes de perigo destina-se precisamente a impedir o dano. Se a aplicação dessas normas depende da ocorrência de um dano, é manifesta a sua inutilidade. Por isso mesmo, as leis penais modernas, ao lado das disposições genéricas que incriminam a efetiva causação de perigo ao trânsito, prevêm diversas situações em que o perigo se presume. O exemplo mais significativo é o do

27. O projeto enviado pelo Governo ao Congresso, propondo emendas ao Código Penal, limitou-se a suprimir no art. 97 a referência limitativa ao fato ocorrido "na via pública". Explica a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto: "O objetivo é ampliar a aplicação da medida de segurança também aos que dirigem embarcações."

28. Todas as penas patrimoniais previstas no Código Penal de 1969, segundo o critério de dias-multa, são baixíssimas e inadequadas. A matéria não chegou a ser examinada pela Comissão revisora ministerial.

29. Essa orientação é típica das legislações pouco rigorosas na matéria, como o Código Penal suíço (art. 27) e o Código Penal alemão vigente (§§ 315 e 315d).

excelente projeto alternativo de Código Penal elaborado por um conjunto de professores alemães, cuja parte geral foi divulgada em 1966. Esse projeto representou um sopro de vitalidade no Direito Penal da Alemanha, com ampla repercussão. Muitas de suas propostas foram aceitas pelo Parlamento, no texto definitivo da Parte Geral a que já aludimos. Na Exposição de Motivos do Projeto Alternativo, na parte relativa aos delitos de trânsito (incluída entre os crimes contra a pessoa), divulgada em 1971, encontramos completa justificação do sistema proposto, abandonando-se o critério da mera previsão de um crime de perigo concreto.³⁰ No § 166, o Projeto prevê, como crime de perigo abstrato, a grave violação das normas de trânsito, no que a Exposição de Motivos chama de "os dez pecados capitais do condutor de veículo" (*die zehn Todsünden des Fahrzeuglenkers*). Aqui estão incriminadas várias situações de manifesto perigo, relacionadas com a inobservância do direito de preferência, a ultrapassagem irregular, a inobservância do direito dos pedestres, a condução, a velocidade inadequada em certos locais etc.³¹

No art. 291, o Código Penal de 1969 prevê fuga do local do acidente, com abandono da vítima, em disposição ambígua e defeituosa.³² A fuga em tais circunstâncias aparece hoje como delito em quase todas as leis modernas, remontando à lei francesa de 1908 e à lei alemã de 1909. Basicamente, incriminando a fuga, o legislador procura forçar o motorista a permanecer no local do acidente, para que não se impeça ou dificulte a apuração da responsabilidade jurídica dos que nele participaram (inclusive, eventualmente, o pedestre).³³ O Código Penal de 1969 previu apenas a omissão de socorro à vítima (embora a rubrica fale em fuga do local do acidente),

30. *Alternativ-Entwurf eines Strafaesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Zweiter Halbband*, Tübingen, 1971, 101.

31. Disposição legal dessa natureza se funda na verificação das causas mais comuns de acidentes. A Exposição de Motivos do projeto alternativo invoca aqui o excelente estudo de KAISER, *Verkehrsdelinquenz und General prävention, Untersuchungen zur Kriminologie der Verkehrsdelikte und zum Verkehrs Strafrecht*, 1970, 429. V. obra citada acima, nota 30, pág. 113.

32. "Art. 291. Causar, na direção de veículo motorizado, ainda que sem culpa, acidente de trânsito, de que resulte dano pessoal e, em seguida, afastar-se do local, sem prestar socorro à vítima que dele necessite Pena: detenção de seis meses a um ano, sem prejuízo das cominadas nos §§ 3.º e 4.º do art. 121 e no art. 133. Parágrafo único. Se o agente se abstém de fugir e, na medida em que as circunstâncias o permitam, presta ou providencia para que seja prestado socorro à vítima, fica isento de prisão em flagrante". O projeto de alteração enviado pelo Governo ao Congresso, suprime este artigo, por ser a matéria "incluída entre as hipóteses de omissão de socorro".

33. Cf. sobre a matéria, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Crimes do Automóvel*, *Rev. Bras. Crim. Direito Penal*, n. 1 (1963), 87. Esse trabalho também está publicado na *Revista Forense*, vol 200, 27. Estudo interessante sobre os aspectos criminológicos da fuga é o que realizou BERGERMANN, em 1961 e 1962, em Düsseldorf (*Die Verkehrsflucht*, Bonn, 1966).

prevendo no parágrafo único a inocorrência de prisão em flagrante (norma processual) se o agente prestar o socorro, hipótese em que se exclui o crime, pois não mais se configura a conduta típica.

A fuga do local do acidente não pode ser prevista como mera agravante dos crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, nem basta a simples incriminação da omissão de socorro, que é crime contra a pessoa. O que a fuga do local do acidente atinge, em primeiro lugar, é o interesse da administração da justiça. É possível não fugir e não socorrer e é possível socorrer e fugir.³⁴

O quadro de nossa atual legislação nesta matéria se completa com a lamentável Lei n. 4.611, de 1965, que instituiu para os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, o rito sumário previsto para as contravenções penais. Essa lei provocou uma série de graves problemas, suscitando difíceis questões jurídicas ainda em aberto (como, por exemplo, a do funcionamento do assistente de acusação na fase policial).

O mais sério inconveniente da Lei n. 4.611, que a fez sofrer a crítica unânime de todos os especialistas, foi o congestionamento que provoca da já emperrada máquina da justiça criminal, obrigando ao processo de numerosos motoristas inocentes. Várias estranhas soluções têm sido inventadas por promotores e juizes para pôr fim ao processo que, sem qualquer viabilidade, é enviado a juízo, desde o arquivamento puro e simples, com *anulação* da portaria, até à concessão de *habeas corpus* de ofício.

Outros defeitos graves da lei são o processo do motorista que sofreu o dano, e que é, portanto, vítima, e a defesa feita perante a autoridade policial por pessoas inabilitadas, que a lei autoriza.³⁵

7. As insuficiências da legislação atual somam-se as da administração da justiça. Estas se devem não só aos erros introduzidos pela Lei n. 4.611, a que já aludimos, como também ao sistema de nosso processo penal, que é péssimo.

Examinamos, através de pesquisa meticulosa, a situação do processo e julgamento dos delitos e contravenções relativos à circulação de veículos no Estado da Guanabara. O levantamento de dados teve por base o ano de 1972, tendo sido realizado em quatro Varas Criminais (4a., 6a., 11a. e 17a.) e em três Varas de contravenções (24a., 25a. e 26a.).

34. Cf. LUIS JIMENEZ DE ASÚA, *Problemas Modernos de la Culpa*, *Rev. Der. Penal y Crim.*, n. 1 (1968), pág. 21 e segs., bem como a bibliografia ali indicada.

35. É nulo o processo das contravenções por ausência do defensor na fase policial. O art. 532 do Código de Processo Penal está revogado pela Constituição na parte em que determina a presença do defensor "se possível". Cf. a propósito, com ampla referência a julgados dos tribunais, HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 2.ª ed., n. 144.

Os processos por crimes do automóvel³⁶ atingiram a elevada cifra de 22,7% da totalidade dos processos, ocupando o primeiro lugar nas estatísticas. Para cada Vara Criminal em média, foram distribuídos 313 processos por acidentes de trânsito, no ano de 1972, num total aproximado de 6.300 processos para todas as Varas. Para cada uma das Varas de contravenções foram distribuídos em média 428 processos, num total de 1.288. O índice médio de *arquivamentos* foi de 24,7%,³⁷ e o de absolvições, de 32,2%. A média de condenações foi de apenas 3,5%, ficando em andamento 37,2%.

Os números não são animadores. Dos processos que foram decididos (56,4%), 94% terminaram por absolvição ou arquivamento. Só 6% terminaram por condenação.

Nas Varas de contravenções, os processos por contravenções relacionados com trânsito constituíram 9% do total recebido em 1972. Dos que foram decididos (91%), 68% terminaram por absolvição e 32% por condenação. O julgamento dos processos por contravenção é muito irregular, dependendo do critério adotado pelos juízes. Alguns absolvem sistematicamente os processados por dirigir veículo sem habilitação (art. 32 da Lei das Contravenções Penais) se entre a data do fato e a sentença, o réu obteve a carteira de habilitação, fato, aliás, comum.

A duração dos processos por crime varia entre três ou quatro meses e vários anos, sendo em média de dez meses a um ano.³⁸

A análise de tais dados revela a completa ineficiência da administração da justiça, que é morosa e inútil, estando a exigir ampla reformulação do processo e dos mecanismos que a atuam.

8. Ao lado das falhas de nosso direito positivo com respeito aos crimes do automóvel de nossa legislação processual, inclusive a organização judiciária, já assinaladas, cumpre mencionar que é também falha e defeituosa a nossa lei de trânsito. WALDIR DE ABREU, que é, sem favor, um de nossos melhores especialistas na matéria, critica o Código Nacional de Trânsito, dele afirmando que se ressentido de técnica e nasceu obsoleto. Reclama maior simplicidade e precisão

36. A expressão, aliás, inadequada, se refere apenas aos crimes que defluem do uso regular do automóvel como meio de transporte de pessoas e coisas. Cf. FRAGOSO, *Crimes do Automóvel*, cit. 85. A pesquisa contou com a colaboração inestimável da acadêmica BEATRIZ FALK.

37. O arquivamento sumário do processo é muito variável, dependendo de um certo entendimento entre promotor e juiz. Numa das Varas, houve 43% de arquivamentos, noutra de 30%. Nas outras duas de apenas 11% e 15%.

38. Estimativa da Comissão. O grande número de processos em andamento não permite uma verificação, pois a pesquisa se circunscreveu ao ano de 1972. Os processos que foram decididos duraram em média seis meses. Os processos das contravenções decididos duraram cerca de cinco meses e meio em média.

técnica, indispensáveis ao maior conhecimento do público. Sobre o Regulamento do Código Nacional de Trânsito diz o autor que ele "repete desnecessária e fastidiosamente o Código. Noutros dispõe contrariamente a ele ou o ignora, constituindo-se num diploma legal paralelo e até de maior hierarquia".³⁹

A modernização de nossas leis em matéria de trânsito e a reformulação de todo o sistema punitivo não podem dispensar a revisão de nosso Código Nacional de Trânsito e de seu Regulamento.

2.^a PARTE

PROJETO DE UMA NOVA LEI PENAL DO TRÂNSITO

9. Um sistema repressivo eficaz é apenas um dos elementos de uma política moderna de controle do trânsito, mas nem por isso é menos importante. Em todos os países que levam a sério os problemas da circulação de veículos, encontramos, ao lado da engenharia do trânsito e da educação, em vários níveis, um sistema repressivo que assegura a aplicação e a observação das normas de segurança indispensáveis.

São diversos os critérios utilizados na formulação desse tipo de lei. Ora a parte criminal se insere nos próprios Códigos de Trânsito,⁴⁰ ora está contida em lei especial, independente do Código de Trânsito,⁴¹ ora está inserida em dispositivos isolados do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais. Este último é o sistema do Direito brasileiro. Ele tem a desvantagem de seu caráter fragmentário e da subordinação desses delitos (que são os campeões absolutos das estatísticas criminais) às regras gerais do processo, evidentemente inaplicáveis.

Propomos a feitura de uma lei especial que defina todas as infrações penais relativas à circulação de veículos ou com ela relacionadas e que regule o seu processo e julgamento, inclusive da responsabilidade civil pelo ressarcimento do dano. Essa lei revogaria expressamente todos os dispositivos legais sobre a matéria, espalhados pelo Código Penal, pela Lei das Contravenções Penais e por leis extravagantes. Evidentemente se aplicarão aos crimes e contravenções, previstos nesta lei todos os princípios gerais do Código Penal que não forem por ela alterados. O Direito Penal contido nas leis extravagantes é *complementar* e a ele se aplicam as regras gerais do Direito Penal *fundamental* que é o do Código Penal (art. 10; Código

39. WALDIR DE ABREU, *A técnica legislativa como fator de vulgarização das normas de trânsito*, Rio de Janeiro, 1971.

40. Exemplos: *Code de la route* francês, de 1958; *Vehicle and Traffic Law*, de Nova York, de 1972.

41. Exemplo: leis espanholas de 1950 e 1962.

Penal; Código Penal de 1969, art. 12). A idéia de lei especial nesta matéria, definindo e disciplinando com clareza todos os ilícitos penais e seu julgamento, inclusive da parte civil, não é nova entre nós. Ela foi aprovada pelo Grupo de Trabalho instituído pelo eminente Juiz ELIEZER ROSA, na 8a. Vara Criminal no Rio de Janeiro, em 1964.⁴²

O anteprojeto elaborado pela Comissão (anexo ao presente relatório) constitui o desenvolvimento legislativo de nossa proposta.

Recolhendo a velha lição de MONTESQUIEU, o anteprojeto parte do princípio de que a eficácia da repressão não reside na gravidade das penas, mas na certeza de punição. Abandonou-se por isso, desde logo, a idéia de lei intimidativa e feroz, pródiga em penas privativas de liberdade, excluindo, inclusive, a suspensão condicional da pena.⁴³ Esse tipo de leis termina por não atingir ao fim a que visam. As penas muito severas não são nem justas nem sensatas, e seu efeito preventivo não está demonstrado, como bem observou PAUL CORNIL na Quarta Conferência do Conselho da Europa sobre a matéria, realizada em Estrasburgo, em 1966.⁴⁴

A ciência penal de nosso tempo se caracteriza por seu ceticismo quanto às penas privativas da liberdade, em face da crise irremissível das prisões.⁴⁵ Como diz JESCHECK em nossos dias, toda reforma penal deve ser apreciada principalmente não pela forma através da qual aperfeiçoa a pena privativa da liberdade, mas sim pela forma com que a evita.⁴⁶ Ampliam-se hoje por toda parte as soluções penais que procuram afastar o delinqüente primário e de bons antecedentes da prisão. Desaparecem das leis penais modernas as penas curtas privativas da liberdade, sendo a prisão considerada a *ultima ratio* do sistema punitivo.

Sem eliminar a pena privativa da liberdade (prevista sempre como detenção), o anteprojeto faz da multa e da interdição para

42. Cf. *Jornal do Brasil*, de 9.10.1966. Desse Grupo de Trabalho participou um dos membros da Comissão, o Conselheiro SERRANO NEVES.

43. Exemplo dessa orientação temos na lei espanhola de 1950, e na prática seguida na Dinamarca, de negar a esses crimes o *sursis*. Opondo-se a tais medidas indiscriminadas de excessiva severidade, COLLIGNON, *Prophylaxie de la circulation routière*, cit. por RIPOLLÉS (*Derecho Penal de la Culpa*, 1958, 528), segundo o qual com tais medidas só se conseguiria "construir um número de prisões proporcional ao de garagens". A lição de MONTESQUIEU a que aludimos está em *De L'Esprit des Lois*, liv. VI, cap. XII: "Qu'on examine la cause de tous les relâchements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes et non pas de la modération des peines."

44. Cf. *Rev. Int. Crim. Pol. Tech.*, Abr.-Jun., 1967, pág. 174.

45. GRÜNHUT, *Penal Reform and Comparative Study*, 1948, pág. 449: "After more than 150 years of prison reform the outstanding feature of the present movement is its scepticism concerning imprisonment altogether, and its search for new and more adequate methods of treatment outside prison walls."

46. HANS-HEINRICH JESCHECK, *Politique Criminelle Moderne en Allemagne et en France*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1968, pág. 537.

conduzir veículo motorizado os seus instrumentos principais de repressão. A multa, prevista segundo o critério de dias-multa, introduzido pelo Código Penal de 1969, e a interdição para conduzir, contemplada como pena principal, como pena acessória e como medida de segurança.

O anteprojeto apresenta-se em seis capítulos. O primeiro contém disposições gerais que modificam o Direito Penal vigente, introduzindo normas especiais principalmente sobre as penas e sua aplicação nos delitos de trânsito. O segundo capítulo define os crimes cometidos na circulação de veículos e fixa a sua punição; o terceiro refere-se às contravenções. O quarto capítulo estabelece as normas do processo e julgamento dessas infrações. O quinto capítulo se refere à responsabilidade civil, e o sexto a disposições finais.

10. Uma primeira versão do anteprojeto incluía a previsão da pena de multa sob forma de dias-multa, a qual, embora incorporada ao Código Penal de 1969, não vigora ainda em nosso direito. Entende a Comissão que a pena de multa é muito importante em face dos delitos de circulação e que deve ser concebida sob a forma de dias-multa, consagrada pelas legislações modernas. Com a remessa ao Congresso do projeto de revisão do Código Penal de 1969, o que assegura a entrada em vigor do novo Código em 1.º de janeiro de 1974, é desnecessária a inclusão no projeto do novo sistema, pois ele entrará em vigor com o novo Código. Todas as penas de multa previstas no projeto são em *dias-multa*, pressupondo-se a vigência do Código Penal de 1969.

11. A interdição para conduzir veículo motorizado é prevista pelo anteprojeto como pena principal, a ser aplicada isolada ou cumulativamente com outras penas, como pena acessória, e como medida de segurança. A interdição como pena principal foi prevista pelo Projeto Alternativo de Código Penal alemão, de 1966 (§ 55), com a duração de um mês a um ano.⁴⁷

Como pena, a interdição para conduzir veículo motorizado nada tem a ver com as situações de inabilitação ou incapacidade do réu, que se referem à medida de segurança. Esta tem caráter meramente preventivo. Como *pena*, a interdição representa a perda de um bem jurídico excepcionalmente valioso na vida moderna, punindo o agente naquilo que mais o atinge.

Quer como pena principal, quer como pena acessória, a interdição para conduzir veículo motorizado tem a duração mínima de dois meses e máxima de dois anos.⁴⁸ A pena mínima de dois anos

47. Veja-se a fundamentação no volume *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966, pág. 105.

48. A Comissão acolheu nesse ponto sugestão feita pelo eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, do Tribunal de Alçada da Guanabara.

prevista pelo Código Penal vigente é demasiadamente elevada para o caso de motoristas profissionais, que dependem do exercício da profissão para viver e manter a família.

O início da pena de interdição ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória, ficando o condenado com a obrigação de devolver à autoridade policial ou judiciária, a carteira de habilitação, se for condutor habilitado, dentro no prazo de 48 horas após a intimação realizada para tal efeito.

Se o condenado violar a interdição imposta e se deixar de devolver a carteira de habilitação no prazo da lei, cometerá o crime previsto no art. 17 do anteprojeto, punível com detenção de três meses a um ano e pagamento de 150 dias-multa, no mínimo, com imposição adicional de nova pena de interdição. A condenação será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao CONTRAN e ao DETRAN do Estado em que o condenado tiver domicílio (art. 7.º).

A incriminação da desobediência à sentença condenatória é medida indispensável para tornar efetiva a pena não privativa da liberdade. Já existem no Código vigente (art. 359) e no Código Penal de 1969 (art. 405), textos a respeito, mas julgou-se conveniente formular outro especialmente para o caso, tendo-se em vista a cominação adicional de nova pena de interdição.⁴⁹ A inclusão dessa figura de delito nas leis penais do trânsito é comum.⁵⁰

Como pena principal, a interdição aparece expressamente na sanção da norma incriminadora. Como pena acessória, será aplicada sempre que as circunstâncias do fato revelem a violação particularmente reprovável dos deveres que incumbem aos condutores de veículos. Trata-se de *pena*, aplicável quando o juiz reconhecer culpabilidade particularmente grave, tratando-se de réu primário. Se o réu for reincidente em infração penal relativa ao trânsito, a pena é obrigatória.⁵¹

A fórmula empregada pelo anteprojeto utiliza expressões bastante significativas para que o juiz possa usar adequadamente o poder discricionário que possui na aplicação da pena. A lei confere aqui ao juiz poder discricionário para que ele possa atender às exigências da adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De um modo geral, a discriciona-

49. A pena de multa prevista pelo Código Penal de 1969 no art. 405 é ínfima (cinco a quinze dias-multa), como em geral todas as penas de multa cominadas pelo novo Código. A matéria exigiria a atenção do Congresso.

50. Veja-se, por exemplo, o *Code de la route* francês, art. L. 19.

51. É o sistema de várias leis estrangeiras, entre as quais, os *Road Traffic Acts* ingleses. Outras leis, mais severas, fazem da pena acessória consequência necessária da condenação (lei espanhola, de 1950, art. 11; Código Penal espanhol, art. 565). Várias outras leis estabelecem a pena acessória sempre como facultativa. Cf. FRAGOSO, *Crimes do Automóvel*, cit., pág. 94.

riedade significa sempre, como ensina BRICOLA, "*il rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significativà di valore che è più consona al raggiungimento delle finalità normative*".⁵² Não há aqui arbítrio, e o juiz não pode fixar a penalidade a seu capricho, cumprindo-lhe motivar a aplicação da pena, inclusive de seu *quantum* (art. 55 do Código Penal, 1969). A motivação separa o poder discricionário do arbítrio.

A interdição está prevista como medida de segurança, com a duração de um a dois anos, devendo ser aplicada "se as circunstâncias do caso e os antecedentes do condenado revelam sua inaptidão para essa atividade e conseqüente perigo para a incolumidade alheia". (art. 5.º). Tendo pressupostos diferentes da pena, a medida de segurança se aplica somente nos casos em que não é cabível a pena acessória. Pode ser imposta mesmo se o réu é absolvido por inimpugnabilidade.

Não terá efeito suspensivo o recurso interposto contra a sentença condenatória, no que tange à medida de segurança, que deve ser imediatamente executada. Aqui também se fixa para o réu a obrigação de devolver a carteira de habilitação, se for condutor habilitado, no prazo de 48 horas.

Em caso algum se inicia a interdição para conduzir veículo motorizado enquanto o réu estiver cumprindo pena privativa da liberdade (art. 6.º).

12. O anteprojeto previu circunstâncias agravantes e atenuantes. As agravantes estão enumeradas no art. 8.º. A primeira delas, a serem observadas na aplicação da pena por delitos de trânsito. O *quantum* da agravação ou da atenuação terá agora que obedecer à regra do art. 59 do Código Penal de 1969, que é, aliás, novidade infeliz do novo Código.

As agravantes estão enumeradas no art. 8.º. A primeira delas é o fato de ter o agente cometido o crime em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos ou sob efeito de qualquer outra substância psico-ativa.⁵³ O fato é previsto como crime autônomo (art. 16), e só será constitutivo de circunstância agravante, se tal crime (que é de perigo) for absorvido por outro crime de dano. A subsidiariedade que existe entre as duas normas, excluindo a aplicação da menos grave, aconselha a previsão do fato como agravante. Outra solução, mais severa, seria a de estabelecer expressamente o concurso material entre o crime de embriaguez ao volante e o fato punível que em tais condições viesse o agente a praticar.

52. FRANCO BRICOLA, *La Discrezionalità nel Diritto Penale*, 1965, pág. 143.

53. A disposição é comum na legislação penal do trânsito, sendo prevista pelas leis de Portugal, Grécia, França, Polônia, Bulgária, etc. Cf. WALDIR DE ABREU, *Aspectos Penais do Direito Rodoviário*, 1970, pág. 73.

Razões da mesma ordem justificam a inclusão entre as agravantes obrigatórias do fato de conduzir o agente o veículo sem possuir a habilitação necessária. O simples fato de conduzir veículo sem habilitação constitui contravenção penal mas se em tais circunstâncias o agente praticar um delito, desaparece a contravenção (absorvida pelo crime), mas subsiste a agravante.

A pena será também agravada se o crime provocou perigo para a incolumidade de duas ou mais pessoas, ou risco de grave dano patrimonial. É indiscutível a maior gravidade da ação em tais circunstâncias.

O motorista profissional está adstrito a mais graves responsabilidades. Se se trata de um *profissional*, é maior a medida do dever de cuidado e a responsabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis,⁵⁴ sendo justificável a agravação da pena.

Constituirá também circunstância agravante o fato de utilizar veículo em que tenham sido alterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante. Procura-se dessa forma coibir o *envenenamento* dos motores e quaisquer outras alterações do veículo que afetam a sua segurança.⁵⁵

Finalmente, será agravada a pena se o agente utiliza veículo sem placas ou com placas falsas ou adulteradas.⁵⁶

As *circunstâncias atenuantes* previstas pelo anteprojeto referem-se todas a situações de culpabilidade diminuída pelo concurso de fatores não imputáveis ao agente. Como se sabe, a concorrência de culpas não exclui a culpabilidade, mas, evidentemente, a diminui.

A pena será atenuada se houver concorrido para o fato a culpa de outrem (da vítima ou de terceiro); se concorrer para o fato defeito ou omissão na conservação da rodovia ou da sinalização e se concorrer deficiência técnica na fabricação do veículo. São situações bem claras de culpa atenuada que não exigem maior exame.

13. A experiência universal demonstrou que os menores têm ampla participação nos acidentes de trânsito. São numerosos os estudos e observações feitas em vários países. Na IV Conferência Euro-

54. O Tribunal de Alçada da Guanabara já decidiu que a agravante da inobservância de regra técnica (art. 121, § 4.º) do Código Penal só se aplica aos profissionais. Em contrário pronunciou-se o STF. Para ampla análise da matéria, cf. HELENO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 2.ª ed., n. 149.

55. O Projeto de lei do Senado, n. 60, de 1973, do ilustre Sen. VASCONCELOS TORRES, proíbe a alteração da potência do motor com o fim de aumentar a velocidade máxima prevista no veículo original (art. 6.º, § 1.º), mas não estabelece qualquer penalidade.

56. O fato constitui crime autônomo em algumas legislações estrangeiras. Cf., por exemplo, *Code de la route* francês, arts. L. 8 e L. 9, § 1.º.

péia dos Diretores de Institutos de Pesquisas Criminológicas, realizada em Estrasburgo, em 1966, verificou-se que não só os acidentes de trânsito como as violações das regras do trânsito atingem as suas mais altas taxas ao final da adolescência e ao início da idade adulta.⁵⁷ Na Alemanha os dados oficiais revelam que a cassação da licença de motoristas menores de 30 anos é muito mais freqüente.⁵⁸

Nosso Código Nacional de Trânsito, em dispositivo extremamente infeliz, permitia a concessão de licença para conduzir a menores de 17 anos (art. 82).⁵⁹ O Decreto-lei n. 584, de 16.5.1969, restabeleceu a idade mínima de 18 anos. Se os menores de 18 anos são inimpugnáveis, não é possível permitir que conduzam veículos motorizados. Não nos parece conveniente elevar o limite de idade, pois isso somente concorre para enfraquecer a consciência da responsabilidade social dos jovens. Entendemos, no entanto, que nenhum favor legal devem ter nessa matéria os menores de 18 a 21 anos, não devendo aqui aplicar-se a atenuante genérica prevista no Código Penal (art. 48, I). Nesse sentido há disposição expressa no anteprojeto, ressaltando apenas o que concerne ao estabelecimento em que devem ser internados, para o cumprimento da pena privativa da liberdade (art. 10). Impõe-se neste ponto, a observância do princípio geral, consagrado pelo Código Penal de 1969 (art. 37, § 5.º).

14. O anteprojeto, em sua parte geral, previu também caso de perdão judicial, estabelecendo que o juiz pode deixar de aplicar a pena privativa da liberdade quando o acidente causa morte ou lesão corporal exclusivamente em cônjuge, ascendente, descendente, adotante ou adotado, afim em linha reta ou pessoa com a qual o agente vive maritalmente (art. 11). São situações em que o agente está punido gravemente pelo infortúnio por ele mesmo causado. O perdão só abrange a pena privativa da liberdade, não alcançando nem a pena de multa, nem a pena de interdição para conduzir veículo motorizado.

57. Cf. T. C. WILLET, *Recherches concernant les caractéristiques des auteurs d'infractions routières*. Strasbourg, nov. 1966. H. HANSSON, *The problem of the Young Driver, General Report*. Int. Road Safety Traffic Review, 1967, 39: "High accident rate among the younger age groups."

58. M. WALTHER, *Schuldhaftige Beteiligung von Kraftfahrzeugführern an Verkehrsunfällen. Eine altermassige Aufgliederung*. Die Polizei, 1965, 233. Estudo realizado por MROWK sobre os julgamentos dos delitos de trânsito na Alemanha do Norte, no segundo semestre de 1963, indica que os jovens são grandes responsáveis pelos acidentes.

59. Veja-se a bem lançada crítica de WALDIR DE ABREU, *Aspectos Penais do Direito Rodoviário*, cit., pág. 88. O Projeto n. 60, do Sen. VASCONCELOS TORRES, eleva o limite de idade para 21 anos (art. 9.º). O Projeto n. 633, de 1972, do Dep. SIQUEIRA CAMPOS, restabelece o limite de 17 anos. O Projeto n. 1.026, de 1972, do Dep. SINVAL BOAVENTURA permite a concessão de licença para conduzir ciclomotores até 500 cc. de cilindrada, aos menores de 16 a 18 anos.

15. A suspensão condicional da pena nos crimes a que se refere o anteprojeto foi matéria que suscitou largos debates no seio da comissão. Prevaleceu o entendimento de que nenhuma restrição especial deveria ser introduzida, pois isto se afina com a inspiração do projeto.⁶⁰

Parece claro, no entanto, que a suspensão condicional da pena está sendo mal aproveitada, como medida de política criminal, na repressão aos delitos de trânsito. O juiz pode legalmente subordinar a concessão do benefício ao cumprimento de diversas obrigações de alta significação, entre as quais se destacam a reparação do dano e as medidas de caráter educativo. Visando mais propriamente a efeito didático, o anteprojeto inclui disposição expressa, para que o juiz tenha presente as possibilidades de utilização deste instituto (art. 12).

16. O segundo capítulo do projeto trata dos crimes cometidos na circulação de veículos, iniciando-se pelo homicídio culposos. Uma lei geral dos ilícitos penais do trânsito, não pode deixar de incluir o homicídio e a lesão corporal culposos.⁶¹

A pena prevista para o homicídio culposos é a do Código Penal de 1969 (um a quatro anos de detenção), acrescida da multa até 200 dias-multa e da interdição para conduzir veículo motorizado. O mínimo da pena de multa é o genérico previsto no Código Penal de 1969 (art. 44). A interdição pode ser fixada dentro dos limites mínimo e máximo previstos no art. 3.º do anteprojeto.

A lesão corporal culposa aparece no anteprojeto com pena superior à prevista no Código Penal de 1969 (quatro meses a um ano de detenção), acrescida da multa não excedente a noventa dias-multa (art. 14). Se a lesão for leve, o juiz pode aplicar apenas a multa. Se, no entanto, for grave, a pena privativa da liberdade será aumentada de um terço até a metade, e a pena patrimonial pode ser aumentada até o dobro. Neste caso, aplica-se também a pena de interdição para conduzir veículo motorizado (art. 14, § 2.º).

Como se percebe, são sensivelmente aumentadas as penas para os crimes de homicídio e lesão corporal culposos, comparativamente com o sistema do Código Penal vigente ou o do Código Penal de 1969.

17. Em seguida, o anteprojeto prevê a omissão de socorro, mandando punir com as mesmas penas a fuga do local de acidente. Esta última figura de delito é nova na legislação brasileira, não obstante o emprego desse *nomen juris* no crime previsto no art. 291

60. Cf. n. 9, *supra* e nota 41.

61. São numerosos os exemplos na legislação estrangeira (*Road Traffic Act* inglês, de 1956, sect. 8(1); *Uniform Motor Vehicle Code*, § 11-903- Homicide by Vehicle, etc.). FRAGOSO. *Crimes do Automóvel*, cit., pág. 86.

do Código Penal de 1969, revogado pelo Projeto de emendas do governo.

18. A embriaguez ao volante recebeu meticulosa definição no anteprojeto, de modo a permitir efetiva repressão desse perigosíssimo fato, que constitui um dos aspectos salientes dos acidentes de trânsito, embora esteja longe de apresentar no Brasil as graves proporções que o destacam em outros países.

O álcool está presente, sem dúvida, em apreciável quantidade de acidentes,⁶² e sua influência sobre o comportamento do motorista foi determinada através de vários estudos, procurando-se estabelecer os limites de segurança.

Várias pesquisas experimentais confirmaram que a habilidade de conduzir veículo motorizado em todas as pessoas, é afetada quando se alcança o limite de 0,10% de álcool no sangue. Importante estudo feito na Holanda por MEYBOOM constatou a influência do álcool no comportamento mesmo em concentrações abaixo de 0,05%. Ao nível de 0,13%, a totalidade das pessoas examinadas revela perturbação apreciável.⁶³

A famosa pesquisa feita em Grand Rapids, Michigan, nos Estados Unidos, que envolveu o exame de 27.000 acidentes, entre os anos de 1959 e 1962, concluiu que os riscos acima de 0,08% aumentam consideravelmente. Eles começam a subir quando a taxa alcança 0,04%, e se tornam altíssimos quando se chega a 0,15%.⁶⁴

Como conclusão geral das inúmeras experiências realizadas, pode-se afirmar que uma concentração alcoólica de 0,10% é peri-

62. Exame em pacientes internados por acidentes de trânsito (motoristas e pedestres) revelou que 31% estavam alcoolizados. *Kriminalistik*, 1966, pág. 475. Segundo RICHTER, *Unfall und Alkoholeinfluss, Excerpta Criminologica*, vol. 7, n. 5, pág. 547, pode-se afirmar que o álcool se apresenta em 10 a 20% dos casos. JOSÉ ELIAS MURAD, *As Drogas e o Trânsito*, Ciclo de Estudos Sobre Criminologia dos Acidentes Automobilísticos, Belo Horizonte, 1973, atribui a responsabilidade por um terço à metade dos acidentes a pessoas alcoolizadas. Memória da Sociedade Alemã de Medicina Legal e Social, publicada em 1962, estima que 20% de todos os acidentes de trânsito estão condicionados ao álcool. Cf. RUDOLF FRIEDRICH, *Der Streit um die Promille*, 1962, pág. 8. KORENEVSKAYA, *Russia versus Drunkenness*, New Society, 1965, 6/168, referindo-se à União Soviética, afirma que a maioria dos acidentes se deve ao álcool, embora seja a licença para dirigir cassada ao menor sinal de embriaguez. Veja-se também o relatório *Alcohol and Health*, apresentado pelo Instituto Nacional sobre o Abuso do Alcool e o Alcoolismo ao Congresso dos Estados Unidos, em 1971, (pág. 41, *Highway accidents*), e a bibliografia invocada pelo mesmo.

63. MEYBOOM, *Alcohol and Traffic, Excerpta Criminologica*, vol. 7, 4/430. O autor recomenda a fixação legal do limite de 0,8 0/00. Cf. também sobre a matéria, amplamente, o relatório *Alcohol and Health*, cit., pág. 37 e segs.

64. Sobre essa pesquisa (*The drinking driver and traffic accidents*) cf. BORKENSTEIN, *Der trikende Fahrer und die Verkehrsunfälle*, Wiss. 2. Martin-Luther Univ. Halle-Wittenberg, 1965, Sonderheft n. 78, 84.

gosa para qualquer pessoa, mesmo o motorista mais resistente, e que uma concentração de 0,05% constitui fator importante nos casos de acidentes devendo ser considerada como limite de segurança.⁶⁵ A Organização Mundial de Saúde fixou o máximo tolerável de alcoolemia em 50mg/100ml para presumir o perigo.⁶⁶ Não resta dúvida, no entanto, que a maioria das legislações modernas evolui no sentido da fixação legal dos limites.

Nos Estados Unidos, realiza-se hoje vasta campanha do sentido de reduzir os limites em geral fixados pelas leis. Em três Estados o nível legal é de 0,10% como recomenda o *Uniform Vehicle Code*. Em um Estado não se menciona o limite, e em 36 outros, o limite é de 0,15% como anteriormente previa o código uniforme. As leis americanas em geral presumem o consentimento para o exame, se o motorista se envolve em infração.⁶⁷

O *Road Safety Act* inglês, de 1957, incrimina a condução ou a tentativa de condução de veículo, tendo o motorista taxa acima de 80mg/100ml no sangue, ou 107mg/100ml na urina.⁶⁸

Nos países que incriminam a embriaguez ao volante sem fixar a taxa, os tribunais terminam por estabelecê-la. Na Suíça, por exemplo, a lei federal sobre trânsito pune a condução de veículo "sob influência de bebida", sem indicar o nível. Os tribunais o fixaram em 0,10%. Em 1964, em decisão famosa, o tribunal federal reduziu essa taxa para 0,08%, baseado em importante pesquisa realizada pelos professores KIELHOLZ, LAMPI e BERNHEIM.⁶⁹

Na Áustria, o limite legal de 0,08% foi introduzido em 1961. Segundo notícia recebida pela Comissão do Prof. L. H. C. HULSMAN, na Holanda vai ser introduzida na lei a taxa de 0,05%, já reconhecida pela jurisprudência.

O nosso Código de Trânsito pune o fato de "dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sob o efeito de substância tóxica de qualquer natureza" (art. 89, III), prevendo inclusive a cassação da

licença para conduzir, em caso de reincidência (art. 97, b). Não se tem notícia da aplicação dessa pena.⁷⁰

Nenhuma incriminação da embriaguez ao volante pode ter êxito se a lei não contiver disposições a respeito do exame destinado a constatar o estado de intoxicação. Por isso mesmo a previsão do fato no art. 289 do Código Penal de 1969 não terá maiores consequências.

O anteprojeto pune a condução de veículo na via pública sob influência de álcool ou de substância de efeitos análogos. Essa fórmula é preferível à do Código Penal de 1969 ("Dirigir veículo motorizado na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez por bebida alcoólica ou qualquer outro inebriante"). O que aqui se considera é somente a droga capaz de afetar a capacidade sensorial ou motora. Desprezou-se a referência específica a narcóticos, substâncias depressoras ou estimulantes e outras drogas psico-ativas, porque ou provocam efeitos análogos aos do álcool, ou não entram em linha de conta.

Após a incriminação genérica da embriaguez ao volante (que admite todos os meios de prova), o anteprojeto estabelece presunção legal de embriaguez, se o condutor do veículo for encontrado com teor de álcool no sangue igual ou superior a 0,1% em peso. Preferimos o critério do *Uniform Vehicle Code*, revisto em 1971 (§ 11-902), que proporciona grande margem de segurança, evitando as objeções comumente levantadas contra a presunção legal.⁷¹ Como a embriaguez pode ser determinada por qualquer meio de prova, não se exclui que o juiz possa reconhecê-la mesmo que não seja alcançado o limite de 0,10%, particularmente se a taxa for acima de 0,05%.⁷²

O anteprojeto estabelece a obrigatoriedade do exame. O conteúdo de álcool no sangue verifica-se através do exame de sangue, do ar expirado, da saliva e da urina. A presença de drogas no organismo exige o exame da urina. O exame através da respiração, com o emprego do *Breath Test* faz-se hoje através do emprego de apare-

65. R. DEQUEKER, *Alcohol and Traffic Safety, Excerpta Criminologica*, vol. 8, 1/33; I. MAXWELL, *Drinking and Driving, Canadian Bar Journal*, 1966, pág. 279.

66. É o caso do *Code de la route*, que se limita a falar em "état alcoolique, même en l'absence de signe manifeste d'ivresse" (art. L.1).

67. R. L. DONINGAN, *Chemical Test Law in the United States, Excerpta Criminologica*, vol. 6, 4/551.

68. *British Medical Journal*, 1967, 809. Essa taxa foi proposta pela *British Medical Association* em 1966.

69. G. J. COLLETTE, *Législation et Jurisprudence Suisse face au taux d'alcoolemie. La portée de l'arrêt du 18 Juin 1964 de la Cour de Cassation Pénale du Tribunal Fédéral*, *Rev. Alcool.*, 1965, 120.

70. Sobre embriaguez alcoólica, veja-se a Resolução do CONTRAN n. 413/69. A fixação dos limites pela lei é o critério reclamado pelos especialistas, com raras discrepâncias. Cf. S. FREEMAN, *The Scourge of Drinking Driving, A plea for total war. Excerpta Criminologica*, vol. 6, 3/381.

71. Essa é a taxa recomendada nos Estados Unidos pela *National Highway Traffic Safety Administration*. Veja-se o curioso e excelente anúncio feito na revista *Time*, edição de 6.8.1973.

72. No seu texto original, o *Uniform Vehicle Code*, referindo-se ao fato de apresentar a pessoa entre 0,05% e 0,10% de álcool no sangue, assentava: "Such fact may be considered with other competent evidence in determining whether the person was under the influence of intoxicating liquor" (§ 11-902, "b").

lhos simples e seguros.⁷³ Grande número de países possui atualmente leis determinando o exame pela respiração. A Associação Médica do Canadá recomendou a instituição obrigatória desse exame, nos casos de infração do trânsito ou acidente. A maioria dos Estados da União americana e a maior parte dos países europeus já a têm em vigor.⁷⁴

19. O anteprojeto, após incriminar a desobediência à interdição e à devolução da carteira (art. 17), prevê a violação de regra de trânsito, expondo a perigo a incolumidade de outrem. É o crime do art. 290 do Código Penal de 1969 (com a pena de multa sensivelmente agravada). Ao lado dessa figura de perigo *concreto*, o anteprojeto prevê, como crimes de perigo *presumido*, as seguintes ações: confiar a direção de veículo motorizado a pessoa não habilitada ou a pessoa que, em virtude de seu estado de saúde física ou mental, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança; participar de corrida ou competição não autorizada; tráfegar com velocidade incompatível com a segurança diante de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos ou onde haja grande movimentação de pedestres ou desfile.⁷⁶ Tratando-se de *crime* e de perigo *presumido*, não nos convenceu a orientação de algumas leis que ampliam as hipóteses delituosas em dispositivo deste tipo.

20. Inovação importante do anteprojeto é a que pune a jornada excessiva de trabalho: exigir ou admitir, na qualidade de proprietário de veículo motorizado ou responsável por empresa de transportes, jornada de trabalho de condutor de veículo motorizado superior a oito horas diárias.

73. J. C. ANDREWS, *Alcohol, automobiles and the law, Excerpta Criminologica*, vol. 7, 4/431: "The use of breath test by law enforcement officers, who are properly trained in the use of equipment, is an effective means of identifying drunken drivers". O Projeto n. 1.741, de 1968, do Dep. JOSÉ MARIA MAGALHÃES, tornava obrigatório o uso do alcoteste e determinava a apreensão da carteira de habilitação na hora, se o alcoteste revelasse teor alcoólico igual ou superior a 0,5 por mil. DCN, I, de 11.10.1968, 7.083. O exame através da respiração (aparelho de ar alveolar) foi adotado pelo CONTRAN (Resolução n. 413, de 21.1.1969). A Polícia Rodoviária de São Paulo está usando, com sucesso o bafômetro, em São Roque (*Jornal do Brasil*, 12.7.1973). Para descrição dos princípios científicos do *beath test*, cf. FRAGOSO, *Crimes do automóvel*, cit., pág. 90.

74. I. MAXWELL, *Drinking and Driving, Canadian Bar Journal*, 1966, 279. Veja-se, por exemplo, o *Code de la route*, art. R. 296.

75. A pena é, no caso, condição de eficiência da obrigação. Veja-se o *Code de la route*, art. L.2. Na Áustria, a recusa ao exame é punida com as penas do homicídio culposo ou da lesão corporal culposa. Cf. J. HERBICH, *Die Blutentnahme zur Alkoholbestimmung im Rahmen des Verkehrsrecht Deutsch Zeitschrift f. die gesamte gerichtliche Medizin*, 1966, 57/1-2, pág. 69. *Excerpta Criminologica*, vol. 7, n. 4, 496.

76. Cf. Código Nacional de Trânsito, art. 89, ns. II, XVIII, XIX.

A situação atual dos motoristas profissionais é terrível. Os condutores de táxis e ônibus são comumente submetidos a jornadas de trabalho excessivas, fazendo jus a prêmios por número de corridas ou de passageiros. O excesso de trabalho leva o motorista à violência. O Sindicato de Condutores de Veículos da Capital (São Paulo) denunciou recentemente que "a manifestação de violência mais comum entre os motoristas de táxis são os acidentes por eles provocados, por causa do excessivo número de horas de trabalho a que são obrigados, por questões de sobrevivência". Em 1971, segundo cálculos do DETRAN de São Paulo, foram registrados naquela cidade 23.065 acidentes sendo 50% provocados por táxis. Nesses acidentes foram feridas 20.000 pessoas e 2.930 foram mortas. No *cemitério* de veículos do DETRAN existiam, em março do corrente ano, mais de 7.000 carros, dos quais 70% eram táxis. De cada 10 táxis existentes no *cemitério*, 9 são de frotas, ou seja, de empresas. No setor de fiscalização do DETRAN, aplicam-se 3.000 multas por dia, sendo 1.500 a motoristas de frotas. De cada 40 processos por acidente de trânsito enviados a juízo, 20 têm a participação direta de motoristas de frotas.⁷⁷ São dados que dispensam comentários.

21. No capítulo terceiro, o anteprojeto trata das contravenções penais cometidas na circulação de veículos, incorporando, basicamente, o que consta da lei vigente (arts. 32, 34 e 36 da Lei das Contravenções Penais). O anteprojeto inova quando pune a omissão de sinal indicativo de veículo danificado ou imobilizado em local de trânsito e a ação de quem conduz, ou de qualquer forma transfere a outrem, a qualquer título, para que o conduza, veículo motorizado desprovido dos dispositivos de segurança exigidos pela lei ou pela autoridade, ou constantes das especificações dos fabricantes.

A poluição realizada através do excesso de gases, som ou ruído está prevista, igualmente, neste capítulo, bem como a ação de conduzir veículo sujando, molhando ou molestado alguém.⁷⁸

77. *Jornal do Brasil*, 25.3.1973. No I Simpósio sobre segurança e condição de trabalho em veículos rodoviários, realizado em São Paulo, em julho último, o presidente do Sindicato dos Condutores de Veículos Rodoviários e Anexos de São Paulo declarou que um motorista tem que trabalhar entre 12 e 14 horas, por dia, para ganhar de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 1.100,00 por mês. E que comumente conduzem ônibus com chassis de caminhão (*Jornal do Brasil* de 8.7.1973). Anteriormente, referindo-se aos motoristas de caminhão, o mesmo presidente afirmou que "enfrentam jornadas de até 24 horas por dia, realmente desumanas, trabalhando sem ajudantes" (*Jornal do Brasil* de 24.6.1973). O Projeto n. 306, de 1971, do Dep. RUBEM MEDINA, procura coibir todos esses abusos (DCN, I, de 4.9.1971, pág. 4.639).

78. A matéria tem suscitado a apresentação de vários projetos de lei. Cf. Projeto n. 2.330, de 1970, do Dep. FRANCISCO AMARAL, sobre canos de descarga (DCN, I, de 30.10.1970, 5.229); Projeto n. 40, de 1971, do Dep. FRANCISCO AMARAL, sobre neutralização dos gases venenosos expelidos pelo escape (DCN,

22. O importante do anteprojeto é constituído pela parte relativa ao processo penal, com as normas introduzidas em seu capítulo terceiro. Modifica-se completamente o sistema do processo para as infrações penais cometidas na circulação de veículos.

De longa data vêm os especialistas reclamando contra o rito adotado pelo Código de Processo Penal, que é, sem dúvida, a causa principal da completa falência da administração da Justiça nesse setor. A Lei n. 4.611 constituiu tentativa de modificar o presente estado de coisas, e, desastrosamente, o agravou. A criação de Varas especializadas de trânsito tem sido aventada como meio de resolver as dificuldades e muitos têm insistido no assunto. O Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1966, recomendou sua adoção. Assim também o Ciclo de Estudos sobre a Criminologia dos Acidentes Automobilísticos, realizado no corrente ano, em Belo Horizonte (propondo o rito sumaríssimo). Tribunais especiais de trânsito, com decisões rápidas foram reclamados pela Semana de Estudos do Trânsito, a que já nos referimos⁷⁹ e pelo Grupo de Trabalho que atuou em 1964, na 8a. Vara Criminal da Guanabara, por iniciativa do Juiz ELIEZER ROSA. O anteprojeto feito há vários anos por CAMACHO CRESPO e vários trabalhos realizados por este excelente especialista na matéria, orientavam-se no sentido da instituição de tribunais especiais, no estilo das cortes de trânsito existentes em outros países.⁸⁰ O eminente Prof. HÉLIO TORNAGHI igualmente elaborou, no período anterior a 1954, quando era ministro da Justiça o Dr. TANCREDO NEVES, excelente anteprojeto no mesmo sentido.⁸¹

Por toda parte reclama-se hoje para esse tipo de infrações processo mais rápido, simples e eficiente, pois ele constitui o instrumento básico indispensável para assegurar a aplicação da lei e a eficácia

I, de 1.º-5-1971, 588): Projeto n. 726, de 1972, do Dep. ARAÚJO JORGE, sobre poluição sonora (DCN, I, de 30.6.1972, 2.278). Sobre os níveis máximos de som ou ruído, cf. Resolução n. 448/71, do CONTRAN, CNT, art. 89, ns. XXV, XXVI, XXVII, XXX (a).

79. *Revista de Administração Municipal*, n. 103, 80. O projeto do Dep. RUBEM MEDINA obriga a instituição de Varas de Trânsito nas cidades com mais de 200.000 habitantes.

80. PAULO MEIRA CAMACHO, CRESPO, *Da Justiça Especial de Trânsito, Os Crimes de Trânsito e seu Julgamento, Contravenções Penais do Trânsito, Do Crime de Trânsito e Processo do seu Julgamento, a Justiça Especial do Trânsito*, *Revista de Direito Rodoviário*, ns. 13 (1953), 28 (1955), 52 (1961), 53 (1961) e 56 (1962).

81. HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1959, II, 318 (anteprojeto e exposição de motivos). Um novo anteprojeto foi posteriormente feito pelo autor (*Manual de Processo Penal*, Freitas Bastos, 1963, II, 1.022).

da repressão.⁸² Temos por certo, no entanto, que a mera criação de Varas de Trânsito, (que é matéria pertinente à organização judiciária dos Estados) nenhum efeito proporcionará se for mantido o rito processual vigente. É claro que devem ser instituídas as Varas de Trânsito em todas as grandes cidades do país, mas isto só representará concentração de dificuldades, se for mantido o inacreditável processo penal existente no Brasil.

23. O anteprojeto propõe um tipo de juízo monitorio, com decisão em processo sumário, inspirando-se, em boa parte no anteprojeto de Código do Processo Penal do Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, que segue de perto em muitas passagens.

A eliminação do inquérito policial e o julgamento imediato, de plano, como se propõe, exigem evidentemente alterações importantes na organização judiciária dos Estados, com a criação de Varas Especializadas Distritais, com funcionamento em várias horas do dia e da noite. O funcionamento dessas Varas pressupõe a presença e a atuação dos elementos indispensáveis, desde o representante do Ministério Público e o advogado de ofício, até os elementos auxiliares. Pressupõe também uma organização da Polícia Judiciária aparelhada para imediata informação e investigação nos casos em que seja necessária.

Tais elementos, no entanto, fogem ao âmbito da lei federal, competindo aos Estados. Por isso mesmo a lei proposta teria o prazo de vacância de 180 dias.

Se houver flagrante delito, o infrator, com as testemunhas será levado ao juiz competente que, em audiência de julgamento sumário, proferirá decisão, assegurada a defesa. Se o juiz julgar necessário ato probatório que não possa ser realizado imediatamente, marcará a continuação do julgamento para um dos cinco dias seguintes. O juízo monitorio dispensa a acusação formal e o processo sumaríssimo será oral, sem que as declarações das pessoas ouvidas sejam redu-

82. Veja-se a propósito as propostas de MIDDENDORF (*Zur Reform des Verkehrsstrafrechts. Plane, Erwartungen und Enttauschungen. Polizei*, 1963, 97) e PFISTER (*Ordnungsbussen auf der Strasse, Schweiz. Zeitschrift Strafrecht*, 1967, 83/3, 286). Esse último trabalho informa sobre projeto de lei federal para a Suíça, permitindo a aplicação de multas no local do acidente, para reduzir o trabalho das cortes criminais. Esse projeto trata os menores como adultos. O Projeto n. 60, de 1973, do Sen. VASCONCELOS TORRES alude ao rito sumário (DCN, II, de 30.5.1973 — 628).

83. O DETRAN de cada Estado deve ter registro de cada motorista operado através de computador eletrônico, permitindo conhecer a qualquer momento as infrações já cometidas. HOMERO HENRIQUE ROSA RANGEL, *Transportes e Comunicações*. Estudos Prospectivos com vista ao Grande Rio no Século XXI, pág. 88 e segs. O DETRAN da Guanabara anuncia esta inovação. Cf. *Jornal do Brasil* de 17.6.1973.

zidas a termo. A sentença, evidentemente, será motivada, segundo os princípios gerais.

Se não houver juiz especialmente designado para conhecer do feito na localidade, ou seja, se não houver Varas de Trânsito no lugar, a autoridade policial lavrará auto de prisão em flagrante ou auto de flagrante delito enviando-o ao juiz competente sem demora.

Revoga-se expressamente o art. 123 do Código Nacional de Trânsito, que exclui a prisão em flagrante e a fiança se o agente socorre a vítima, deixando-o livre para posterior comparecimento perante a autoridade policial.⁸⁴ Esse sistema compromete a apuração do fato e a seriedade do processo.

O anteprojeto, confirmando que não há nem prisão nem fiança, se o condutor presta socorro à vítima, determina seja ele conduzido perante o juiz imediatamente, para julgamento sumário ou, se isto não for possível, pelos motivos já indicados, que se lavre o auto de flagrante delito, que deve ser remetido desde logo ao juiz, para que se siga o julgamento sumário.

Todas as intimações serão feitas pelo correio, com aviso de recepção para o endereço fornecido pelas partes no auto de flagrante delito.

Se o juiz, de plano, proferir sentença absolutória, cabe apelação, que se rege pelos princípios gerais do processo. Se a sentença for condenatória, cabe o recurso de oposição revocatória, com efeito suspensivo, interposto pelo réu. Esse recurso inaugura amplamente o contraditório, permitindo a produção de prova e tudo o mais que convier à defesa. Assegura-se ao opoente o direito de falar em último lugar.

Em se tratando da pena de multa, há duas hipóteses em que a punibilidade se extingue pelo pagamento voluntário da que for arbitrada pelo juiz. É a incorporação do sistema expedito e eficaz previsto em várias leis estrangeiras.⁸⁵ O primeiro caso é o de infração penal a que a lei comina exclusivamente a pena de multa. Neste caso, o réu primário pode requerer ao juiz que o admita a satisfazê-la, extinguindo-se a punibilidade pela perempção (art. 30). O segundo é o da condenação exclusivamente à pena de multa (art. 33).

Se não houver situação de flagrante delito, a autoridade policial deverá instaurar inquérito, segundo as normas do processo comum. Neste caso, remetido a juízo o processo, o Ministério Público oferecerá denúncia, se for o caso, prosseguindo-se com o rito sumário previsto pelo anteprojeto, se denúncia for recebida.

Duas importantes disposições sobre a competência completam o Capítulo 4. A primeira se refere aos casos de infração penal come-

84. Aqui também a Comissão acolheu proposta feita pelo eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO.

85. CP italiano, art. 162; *Code de la route*, art. L. 27 etc.

tida em rodovia interestadual ou em lugar diverso daquele em que o agente tiver domicílio, estabelecendo, para tal caso, por igual, a competência do foro em que o réu tiver domicílio ou residência.

Atualmente as infrações penais praticadas na circulação de veículos em estradas ficam, na maior parte das vezes, impunes. Se o motorista não se afasta do local ou socorre a vítima, a autoridade policial se limita a anotar o seu nome e domicílio, mandando-a em paz. Sendo o réu domiciliado em local distinto, e muitas vezes longínquo, jamais se consegue concluir o processo pelas delongas insuperáveis no cumprimento de precatórias. O mesmo acontece, com redobradas razões, se há fuga do motorista, anotando-se apenas o número da placa do veículo.

Se o julgamento sumário não se fizer imediatamente, o anteprojeto determina que o processo seja enviado ao juiz competente do foro em que o réu tiver domicílio, o qual prosseguirá no feito.

A segunda regra, a respeito da competência, é a que permite a execução da sentença pela Justiça do Estado em que o réu for domiciliado.

24. Importante inovação do anteprojeto é a que se refere à responsabilidade civil. Com a Justiça lenta e dispendiosa, ninguém inicia ação de perdas e danos, para haver indenização por acidente, se os valores envolvidos são relativamente pequenos. A obrigação de reparar o dano é, também, elemento extremamente valioso de combate ao crime, e o anteprojeto dá competência ao juiz que processa e julga a infração penal para decidir sumariamente sobre a indenização cabível.

Deverá o juiz neste ponto procurar conciliar as partes previamente, buscando entendimento e acordo entre elas em relação ao *quantum* devido. A mesma sentença que decidir sobre a infração penal, decidirá também sobre o ressarcimento. Tal sentença pode ser impugnada, no prazo de cinco dias, através da oposição revocatória, que, aqui também, terá efeito suspensivo e devolutivo.

A execução do julgado na parte civil far-se-á no mesmo juízo, segundo os princípios do processo civil.

25. Entre as disposições finais, destaca-se a que se refere às revogações implícitas e expressas, que exigirá, nesta lei, grande cuidado. Nem todas as figuras de delito relacionadas com a circulação de veículos foram incluídas no anteprojeto. Ficariam no Código Penal os crimes em que o veículo é objeto material, como, por exemplo, o atentado contra outro meio de transporte público (que abrangia os veículos coletivos) do art. 294 do Código Penal de 1969, e o arremesso de projétil (art. 295).

Expressamente revogada é a contravenção prevista no art. 36 da Lei das Contravenções Penais (sinais de perigo). Os arts. 32

(falta de habilitação para dirigir veículo) e 34 (direção perigosa de veículo na via pública) da Lei das Contravenções Penais ficariam parcialmente revogados, pois a sua aplicação se estende também às embarcações em águas públicas.

Expressamente revogados seriam o art. 123 e seu parágrafo único do Código Nacional de Trânsito (que exclui a prisão em flagrante e a fiança, se o condutor do veículo prestar socorro à vítima) e a Lei n. 4.611.

Estando em exame pelo Congresso a mensagem do Governo que introduz emendas no Código Penal de 1969, poderiam ser desde logo eliminados do texto os arts. 97 e seus parágrafos, 289 e 290, que seriam revogados pela lei a que se refere o anteprojeto. As falhas e deficiências de todos esses dispositivos ficaram bem demonstradas, e seria deplorável se nosso novo Código Penal entrasse em vigor com soluções tão gravemente incorretas e anacrônicas para o problema tão importante que nos ocupa.*

* O anteprojeto a que se refere este relatório vai publicado em outro ponto desta edição.

ESTADO DE NECESSIDADE E EXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA

LUIZ ALBERTO MACHADO

SUMÁRIO: *Capítulo I — Da culpabilidade no Código Penal de 1969. Capítulo II — Do estado de necessidade discriminante. Capítulo III — Da exigibilidade de outra conduta.*

CAPÍTULO I

DA CULPABILIDADE NO CÓDIGO PENAL DE 1969

1. Introdução

Tratando, em dois trabalhos isolados — tão isolados quanto o permite a sistemática penal — do estado de necessidade discriminante e da exigibilidade de conduta adequada à norma como elemento estrutural da culpabilidade, e vendo-os aprovados em dois congressos do Ministério Público (I do Estado de São Paulo, dezembro de 1971, e III do Estado do Rio de Janeiro, dezembro de 1970, Teresópolis), senti-me atraído pela idéia de unificá-los, na medida em que me fosse possível fazê-lo.

Antes, porém, mister se faz fixar, como premissa, que o tratamento diferenciador do estado de necessidade, readotado em boa hora pelo Código Penal de 1969 (Decreto-lei n. 1.004, de 21.10.1969), quando o torna exculpante (art. 25) não o faz continente, mas conteúdo da exigibilidade de conduta adequada à norma em sua forma negativa — *inexigibilidade*. Vale dizer, nem sempre a inexigibilidade ocorre com o estado de necessidade exculpante. Daí porque o balanço dos bens em conflito só é importante nesta forma de inexigibilidade, não o sendo nas outras (*verbi gratia*, coação moral irresistível, escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo).

Assim, um estado de necessidade de início descriminante pode deixar de o ser em consequência do excesso de atuação do agente, embora a censura possa ser anulada por ausência da exigibilidade de conduta adequada à norma (art. 30, § 1.º), desde que esse excesso seja culposos.

A consequência do raciocínio é lógica: não há se confundir o estado de necessidade exculpante (ação necessária) com a inexigibilidade de outra conduta. Aliás, a impossibilidade de exigência de conduta diversa é o fundamento da exculpação do estado de necessidade não descriminante (art. 25, *in fine*, do Código Penal de 1969) quando, dos bens em conflito, o sacrificado seja igual ou superior ao bem protegido.

Mas também não só por isso. Ao lado do tratamento dicotômico do estado de necessidade, o Código Penal de 1969 insere outras causas de não exigibilidade de conduta adequada à norma, como a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico quando se conheça da ilegalidade (art. 24, "b"), a impunidade do excesso culposos ou atenuação obrigatória da pena no doloso nas justificativas quando o agente esteja anormalmente motivado — medo surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação (art. 30, §§ 1.º e 2.º) e o aborto terapêutico.¹ A redação dada à coação moral irresistível no Código Penal de 1969 pode, à primeira vista, deixar dúvida quanto à sua natureza jurídica. Porém, não há negar que se diferencia da imputabilidade. A supressão da faculdade de agir segundo a própria vontade não inutiliza a capacidade de culpa — fundamento da imputabilidade. Esta é mera possibilidade de se impor a censura pessoal ao autor, podendo inexistir a censura. Isto é, o agente que tem capacidade de culpa pode não ter culpa. Ora, a coação irresistível, seja através da força irresistível, seja através da ameaça, exclui a *censura*, não a capacidade potencial de sofrê-la, porque se não lhe pode exigir o sofrimento de um mal para não praticar outro.²

Por isso, na medida em que se diferenciam e se interpenetram, procurei dar um tratamento progressivo e sistemático ao estudo do estado de necessidade e da exigibilidade de outra conduta.

2. Conceito de Culpabilidade

O dogma do Direito Penal da culpa — *nullum crimen sine culpa* — oriundo já do Código Criminal do Império (art. 3.º),³ embora

1. HANS HEINRICH JESCHECK, *Le Basi Ideologiche e Politiche del Progetto per un Nuovo Codice Penale Germanico*, in "Scuola Positiva", IV Serie, anno VI, 1964, pág. 13.

2. Em contrário, ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Causas de Exclusão da Culpabilidade no Código Penal de 1969*, Semana do Advogado, Curitiba, 7.8.1972.

3. "Art. 3.º: "Não haverá criminoso ou delinquente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar".

com coloração mais processual do que de direito material, e consagrado no Código Penal de 1969, faz com que a preocupação, na estruturação analítica do delito, se volte com maior intensidade para a conceituação da culpa *lato sensu*.

Com o fracasso do psicologismo no tocante à teoria da culpabilidade — que a circunscrevia ao dolo e à culpa *stricto sensu* sem explicar a ausência de censura, embora a existência do dolo, *verbi gratia* — FRANK agregou, ao dolo e à culpa, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta adequada à norma.⁴

Dentro desse conceito normativo de FRANK, três posições disputam a solução do problema da culpabilidade — extrema do dolo, culpabilidade extremada e culpabilidade limitada — todas se diferenciando pela conotação do erro de direito, ou de proibição, como elemento, ou não, do dolo, e a colocação deste na tipicidade ou na culpabilidade.

As duas primeiras — extrema do dolo e culpabilidade extremada — se antagonizam. A teoria extrema do dolo o insere na culpabilidade e, nele, como seu elemento, a *consciência da ilicitude*.⁵

Já a teoria da culpabilidade extremada, adotada pelos finalistas, é meramente um juízo normativo puro de censura e, no lugar do dolo que é transferido para a tipicidade, coloca-se a possibilidade de *conhecimento do ilícito*.⁶

Para conciliar as posições, como compromisso entre as duas, a jurisprudência alemã criou a teoria da culpabilidade limitada,⁷ mantendo o dolo na culpa *lato sensu*, porém, ao invés da consciência da ilicitude, fá-lo portar a *possibilidade* de tal conhecimento.

Ora, como alerta o Prof. ALCIDES MUNHOZ NETTO,⁸ o Código Penal de 1969 é compatível com um conceito normativo de culpabilidade. Entretanto, pela total inescusabilidade do erro de direito ou do conhecimento atual ou possível do ilícito (art. 20), o dolo não porta a *consciência da antijuridicidade* ou a *possibilidade* dessa consciência. Porém remanescem os elementos estruturais da culpabilidade normativa — entendida como um juízo de censura ou reprovabilidade pela atuação típica e antijurídica:⁹ imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta adequada à norma.

4. REINHART MAURACH, *A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão*, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 15, págs. 22 e 23.

5. V, nota 4, pág. 30.

6. V, nota 4, pág. 32. Também HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, 11.ª ed., Chile, 1970.

7. V, nota 4, pág. 33.

8. ALCIDES MUNHOZ NETTO, *A Culpabilidade no Novo Código*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 13, pág. 141.

9. HANS WELZEL, *Derecho Penal, parte general*, pág. 148.

CAPÍTULO II

DO ESTADO DE NECESSIDADE DESCRIMINANTE

3. Introdução

A dogmática alemã considera o estado de necessidade como um dos mais tormentosos assuntos penais, ainda em elaboração científica e sobre o qual não se pode fazer afirmação com caráter de definitiva.¹⁰

Talvez por isso existam códigos que silenciam sobre a institucionalização do estado de necessidade, negando-lhe foro de cidadania de Direito Positivo. Assim o Código Penal de França, de 1810, inspirador das leis penais do Haiti e da República Dominicana. A solução encontrada pela doutrina desses países foi colocar o estado de necessidade na *força maior*,¹¹ negando à atuação típica às vezes a válida formação do querer — com isso excluindo a culpabilidade por inimpugnabilidade — outras a impossibilidade de adequação do agir às ordens do direito — inexigibilidade de outra conduta — e outras ainda na elaboração de uma vontade viciada, incapaz de se constituir em elemento estrutural da ação, com isso eliminando o núcleo do delito na sua conceituação analítica.

Porém, o exemplo dessas legislações inspiradas pelo Código francês de 1810 não frutificou, pois as modernas codificações de Direito Penal institucionalizam o estado de necessidade.

4. Evolução Histórica

O estado de necessidade, encarado como um instituto autônomo de Direito Penal, era desconhecido em Roma. O Direito romano, a esse respeito, era casuísta, como faz ver a permissibilidade de atuação não criminosa do capitão do navio que arroja ao mar a carga para impedir o naufrágio.¹²

Já o Direito intermédio reconhecia a necessidade como causa de exclusão do ilícito, limitada, entretanto, à proteção do corpo ou da

10. VON HIPPEL, *Direito Penal Alemão*, vol. I, pág. 236, e ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, tomo I, pág. 375. Este autor faz a comparação entre o estado de necessidade e a legítima defesa. Também GIAN DOMENICO PISAPIA, *Istituzioni di Diritto Penale*, Padova, 1970, pág. 145.

11. "Se invece la volontà umana è piegata al compimento di un'azione (positiva o negativa), si parlerà di forza maggiore". ENRICO ALTAVILLA, *La Colpa*, pág. 195.

12. GALDINO DE SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal*, vol. I, pág. 346. Também ANÍBAL BRUNO, op. cit., tomo I, pág. 374, citando, *in casu*, a *Lex Rhodia de Jactu*.

vida,¹³ como modernamente ocorre com o Código alemão. A *Constitutio Carolina, verbi gratia*, aceitava o estado de necessidade como justificativa em caso de furto famélico, mesmo o de coisas sagradas.¹⁴ O Direito espanhol medievo o adotava no Código das Partidas, admitindo o canibalismo do pai em relação ao filho.¹⁵ Como exceção de melhor formulação, o Direito Canônico afastava a regulamentação do estado de necessidade: "*necessitas non habet legem, quod non est licitum necessitas facit licitum*".¹⁶

De qualquer forma, essas legislações mantinham o estado de necessidade junto à elaboração da figura típica, cabendo ao Direito moderno seu transporte para a parte geral dos códigos, ao mesmo tempo em que procura fixar-lhe os contornos definitivos.¹⁷

5. Conceito

Entende ANÍBAL BRUNO que "a necessidade pode justificar um fato que realiza a figura do ilícito penal".¹⁸ E o insigne professor pernambucano conceitua o estado de necessidade como "a situação em que se encontra o homem que, para salvar de perigo atual ou iminente um bem jurídico próprio ou alheio, é obrigado a sacrificar um bem jurídico de outrem".¹⁹

Nesse conflito de interesses jurídicos fundam os autores a conceituação do instituto. Assim também JOSÉ FREDERICO MARQUES e EDGARD MAGALHÃES NORONHA.²⁰⁻²¹

13. ANÍBAL BRUNO, op. e loc. cit.

14. "Furto necessário ou em caso de penúria, para salvar-se o acusado ou sua mulher e filhos, casos em que, se fosse considerável e manifesto, deviam ser consultados os jurisperitos. Igualmente em caso de furto de coisas sagradas, cometidos em virtude de fome", cf. GALDINO DE SIQUEIRA, op. cit., págs. 346 e 347.

15. "Segundo el fuero real de España, seyendo el padre cercado en algun castillo que touiesse señor si fuesse tan cuytado de fambre que non ouiesse al que comer, puede comer al fijo sin mall estança, ante que diesel el castillo, sin mandado de su señor". Part. 4.^a, tít. XVII, ley VIII.

16. Veja-se, a propósito, SEBASTIAN SOLER; *Causas de Justificação da Conduta*, in *Revista de Direito Penal*, n. 5, pág. 14.

17. ANÍBAL BRUNO, op. e loc. cit.

18. ANÍBAL BRUNO, op. cit., tomo I, pág. 373.

19. ANÍBAL BRUNO, idem, ibidem.

20. "O estado de necessidade tem como *abstractum* uma situação de perigo para determinado bem jurídico, que somente pode salvar-se mediante violação de outro bem jurídico." JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, vol. II, pág. 124.

21. "Diz-se em estado de necessidade a pessoa que, para salvar um bem jurídico seu ou alheio, exposto a perigo atual ou iminente, sacrifica o de outrem. Existe no estado de necessidade um conflito de bens-interesses." MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. I, pág. 211.

Para MAURACH “el estado de necesidad es un estado de actual peligro para intereses legítimos que únicamente puede conjurar por lesión de intereses legítimos de un extraño”.²²

“Estado de necesidad es una situación extraordinaria de peligro actual (necesidad) frente a la cual cabe solamente la propia protección mediante la lesión de un bien jurídico ajeno (o mediante el incumplimiento de un deber jurídico).”²³

Justificando o estado de necessidade como causa de exclusão do crime, PIETRO NUVOLONE afirma: “Ecco il fondamento logico dello stato di necessità: mentre nella legittima difesa la liceità del sacrificio dell'interesse dell'aggressore deriva dalla qualificazione dell'interesse difeso, qui la liceità dello stesso sacrificio deriva della indifferenza dell'ordinamento per appartenenza a più soggetti concretamente confligenti — del medesimo interesse”.²⁴

Da mesma forma CALÓN situa o estado de necessidade: “El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona”.²⁵ “El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses del otro, jurídicamente protegidos”.²⁶

6. Natureza Jurídica

Embora concordando à unanimidade quanto à conceituação do estado de necessidade, a doutrina divide-se no tocante à sua natureza jurídica: causa de justificação ou de exculpação somente, ou, também, às vezes uma, às vezes outra.

Para os subjetivistas pouco importa o valor dos bens defendido e sacrificado, assim como a natureza da ação. O estado de necessidade constitui-se num constrangimento moral excludente da imputabilidade. A ausência dos efeitos intimidativo e exemplar da pena a inutilizam, pelo que não deve ser aplicada. É a posição de KANT e FEUERBACH.²⁷ Porém, a indagação psicológica requerida para aquilatar da inimputabilidade, mesmo com a solução de FEUERBACH do

22. REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, pág. 389.

23. WILHELM SAUER, *Derecho Penal*, Parte Geral, pág. 195.

24. PIETRO NUVOLONE, *Diritto Penale*, Parte Geral, pág. 172.

25. EUGÉNIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I, pág. 375.

26. JUAN DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal Español*, vol. I, págs. 829 e 830.

27. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, pág. 73, e GALDINO DE SIQUEIRA, op. cit., pág. 349.

afastamento da livre autodeterminação do agente,²⁸ é praticamente impossível de ser respondida, seja afirmativa, seja negativamente. Para os adeptos da *teoria unitária subjetiva*, o estado de necessidade é uma causa de exculpação.

A essa teoria opôs-se a *objetiva unitária*, para a qual importa apenas a natureza particular da ação. A visão subjetiva de que “a necessidade de sacrificar um bem de outrem é *desculpada* pela necessidade interior, pela coação psíquica, que leva o agente a salvar um bem de que é titular”, é superada por “uma *visão objetiva*, na qual aquele sacrifício é *legitimado* pela necessidade que tem o Estado ou a ordem jurídica de salvar outros interesses ou valores jurídicos, independentemente da situação de coação em que se encontra o beneficiário desta valoração e a termos de, em vez de simplesmente o desculpar, lhe atribuir um verdadeiro *direito de necessidade*”.²⁹

Mas o exemplo de CARNEADES, repetido por CÍCERO,³⁰ da *tabula unius capax* — caso dos dois naufragos e da tábua única — não pode adquirir legitimidade jurídica. O direito, *in casu*, não deve considerar legítimo o sacrifício de uma vida, embora, nessa circunstância, não deva censurar a conduta do agente. Daí porque a doutrina evoluiu para a chamada *teoria diferenciadora*, para a qual às vezes o estado de necessidade torna legítima a ação — quando o bem sacrificado é menor que o defendido — e às vezes elide o juízo de censura sobre o qual repousa a culpabilidade — quando os bens são de valores iguais ou o conflito se resolve em favor do bem menor. Esta *teoria objetiva diferenciadora* recebe hoje o apoio da esmagadora maioria dos estudiosos e vem evoluindo, desde a conceituação divisional hegeliana entre bens condicionados e incondicionados.³¹ MAURACH chega a afirmar que “el llamado tratamiento diferenciado del estado de necesidad (*“teoría de la discriminación”*) responde en realidad al criterio hoy dominante”.³²

MEZGER entende que se deve distinguir: “1. La necesidad excluye, en tanto en cuanto se reconoce por el Derecho, el carácter antijurídico de la acción. 2. También la necesidad no reconocida como causa de exclusión del injusto puede en determinados casos excluir, por lo menos, la culpabilidad del agente”.³³ E conclui o mestre: “No actúa

28. EDUARDO CORREIA, op. cit., vol. II, pág. 74.

29. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, pág. 80.

30. CÍCERO, *De Officiis*, lib. 3, cap. II e III.

31. EDUARDO CORREIA, op. cit., vol. II, pág. 84. HANS WELZEL discorda dessa diferenciação: “La necesidad es independiente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección” (*Derecho Penal*, Parte Geral, pág. 93).

32. REINHART MAURACH, op. cit., vol. I, pág. 389.

33. EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, pág. 449.

*antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico si solo por ello puede ser salvado otro bien de más valor.”*³⁴

Nesse mesmo sentido CALÓN: “Los autores discrepan acerca de su naturaleza jurídica. Dos grupos de teorías: A) Aquellos casos en los que los bienes o derechos en conflicto son de diversa clase y distinto valor. El estado de necesidad es causa de justificación; B) Cuando los bienes en conflicto son de igual valor, especialmente cuando son vidas humanas. El que para salvar su vida causa la muerte de otro no ejecuta un hecho justo porque sacrifica el derecho de un tercero que no puede ser inculpado pues nada hizo para provocar la situación de necesidad. Aquí no hay causa de justificación sino una causa de exclusión de culpabilidad y por consiguiente de la pena.”³⁵

7. Direito Brasileiro: evolução histórica

A primeira legislação positiva brasileira — o Código Criminal do Império de 1830 — adotou, pelo art. 14, a teoria diferenciadora, ao dispor que “será o crime justificável e não terá lugar a punição dele: § 1.º. Quando for feito pelo delinquente para evitar mal maior”.³⁶ A mesma linha foi mantida pelo Código Penal de 1890, através de seu art. 32.³⁷

Porém, tanto o Projeto SÁ PEREIRA, no art. 11,³⁸ como o Projeto ALCÂNTARA MACHADO, no art. 14, n. III,³⁹ afastaram-se das legislações anteriores, adotando a teoria objetiva unitária, considerando o estado de necessidade só como causa de justificação, quaisquer os valores dos bens em conflito. Essa orientação também foi acolhida pelo Código Penal de 1940, ainda em vigor, regulando o

34. EDMUND MEZGER, op. cit., vol. I, pág. 464.

35. EUGÊNIO CUELLO CALÓN, op. cit., vol. I, págs. 376 e 377.

36. “Para que o crime seja justificável, neste caso, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1.º Certeza do mal que se propõe evitar. 2.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial. 3.º Probabilidade da eficácia do que se empregou.” Código Criminal de 1830, art. 14.

37. “Art. 32. Não serão criminosos: § 1.º Os que praticarem o crime para evitar mal maior.” Código Penal de 1890.

38. “Encontra-se em estado de necessidade aquele que infringir a lei penal para preservar um bem, seu ou de outrem, notadamente a vida, a integridade corpórea, o patrimônio, a liberdade e a honra, de dano relevante com que o ameaça perigo atual, que não tenha voluntariamente provocado, nem de outra maneira pudesse evitar.”

39. “Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão: III — para salvar a vida, a liberdade, a honra ou outro direito relevante, próprio ou alheio, de perigo atual e grave, que o agente não tenha voluntariamente provocado, não possa evitar de outra maneira e não tenha o dever jurídico de afrontar.”

instituto no art. 20,⁴⁰ abonando o entendimento do ilustre A. J. DA COSTA E SILVA.⁴¹

O Anteprojeto de Código Penal elaborado pelo Min. NÉLSON HUNGRIA retornou à adoção da teoria diferenciadora, ora excluindo a criminalidade do ato quando o bem sacrificado seja de valor consideravelmente inferior — art. 26,⁴² ora excluindo a culpabilidade, quando o bem sacrificado seja de igual ou maior valor que o bem protegido.⁴³

A posição do Anteprojeto HUNGRIA foi a adotada pelo Código Penal de 1969, como se examinará adiante.

8. Direito Comparado

As legislações podem ser divididas quanto à adoção das teorias unitária ou diferenciadora, bem como em relação à relevância do excesso e, ainda, quanto aos bens a serem defendidos.

Entre os códigos que adotam a teoria unitária, situam-se o italiano,⁴⁴ o português (art. 45) e o alemão,⁴⁵ este limitando a escusante (como o trata) à proteção da vida ou do corpo. Já consa-

40. “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

41. “Somente a teoria unitária, que vê no estado de necessidade uma circunstância que tira ao fato o caráter criminoso, reputando-o conforme ao Direito, leva a resultados satisfatórios.” Código Penal, São Paulo, 1943. vol. I, pág. 156.

42. “Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, direito seu ou alheio, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.”

43. “Também não é culpado quem, pela necessidade de proteger direito próprio ou de seu parente em linha reta, irmão, cônjuge, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.”

44. “Art. 54. Stato di necessità. Non è punibile chi ha commesso il fatto per essere stato costretto dalla necessità di salvare sé od altrui dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.”

45. “Art. 54. L'acte punissable n'existe pas lorsque, se trouvant dans un état de nécessité indépendante de sa volonté et inévitable par un autre moyen. l'auteur a commis un acte, autre qu'un acte de légitime défense, pour sauver d'un danger actuel sa personne ou sa vie, ou celles d'un de ses proches.” A legislação a entrar em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1973 adota a teoria diferenciadora.

gram o estado de necessidade como excludente da criminalidade desde que não haja causado mal maior que o evitado, os códigos russo,⁴⁶ Penal Tipo para a América Latina,⁴⁷ espanhol,⁴⁸ grego,⁴⁹ argentino,⁵⁰ mexicano⁵¹ e projeto de Código Penal português elaborado pelo Prof. EDUARDO HENRIQUES DA SILVA CORREIA.⁵²

Quanto ao excesso, tratam-no as legislações penais da Itália (art. 55) e Grécia (art. 23), bem como o Código Penal Tipo para a América Latina (art. 4). Todas as leis penais admitem o estado de necessidade por conflito entre quaisquer bens jurídicos, exceto a alemã.

9. Elementos do Estado de Necessidade

O Código Penal editado em 21.10.1969 e caldado do Projeto HUNGRIA adotou, como se já disse, a teoria diferenciadora quanto ao estado de necessidade, somente o admitindo como justificante desde que concorram os elementos (art. 28):

1. do perigo certo e atual a bem jurídico do agente ou de outrem (auxílio necessário); 2. causação de mal sensivelmente menor que o evitado e inevitabilidade desse dano; 3. inexistência da obrigação, pelo agente, de enfrentar o perigo.

9.1. "Perigo é a modificação do mundo exterior que contém a probabilidade (não mera possibilidade) de provocar um dano".⁵³

46. "Art. 14. No constituye delito el acto que, aun reuniendo los caracteres de una acción prevista por la ley penal, sea cometido en estado de extrema necesidad, es decir, para conjurar el peligro que amenaza a los intereses del Estado soviético, los intereses sociales, a la persona o los derechos de ésta o de otros ciudadanos, si dicho peligro, dadas las circunstancias del caso, no pudo ser eliminado por otros medios y cuando el daño causado sea menos grave que el evitado."

47. "Art. 2.º. No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor."

48. "Art. 8.º. Son exempts de responsabilité pénale: 7.º, a) que le mal causé ne soit pas plus grand qu'il celui que l'on a tenté d'éviter."

49. "Art. 25. L'acte commis afin d'écartier un danger présent et autrement inéluctable, menaçant, sans qu'il y ait faut de l'auteur, sa personne ou ses biens ou ceux d'autrui, n'est pas injuste, lorsque la nature et l'importance du dommage causé sont considérablement inférieures au dommage évité."

50. "Art. 34. Non son punibles. 3.º El que causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño."

51. "Art. 15, IV, ... o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave y inminente, siempre que exista otro medio practicable y menos perjudicial."

52. "Art. 37. 2.º. A ponderação dos interesses em conflito, considerando-se especialmente o bem jurídico em perigo, mostra que o interesse que o agente visa proteger é sensivelmente superior ao interesse sacrificado."

53. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, vol. I, pág. 99.

Duas concepções procuram resolver o conceito de perigo. Para os subjetivistas "o perigo não tem existência concreta, sendo apenas fruto de nossa imaginação e de nossa incapacidade de conhecer todas as causas e condições dos fenômenos".⁵⁴ Já os objetivistas entendem que o perigo é "a possibilidade objetiva de ocorrência de um dano".⁵⁵

Não há negar que ao conceito de perigo, como admitia ARTURO ROCCO,⁵⁶ concorrem elementos objetivos e subjetivos.

No entanto, o perigo deve ser constatado objetivamente,⁵⁷ o que não afasta, para o seu conhecimento, uma determinada *previsibilidade* do agente.⁵⁸

Por outro lado, há que existir a atualidade e certeza do perigo.⁵⁹ Na afirmação de MAURACH, "*la acción de necesidad tan solo está justificada si el bien a salvar en su concreta situación de perigo, necesita de protección*".⁶⁰

9.2. O mal causado deve ser, como diz o Código Penal de 1969, consideravelmente inferior ao mal evitado. Essa valoração dos bens em conflito para situar-se o estado de necessidade como justificativa, deve ser feita objetivamente. "*La valoración de los bienes en conflicto habrá de realizarse con criterios objetivos, en primer lugar conforme a los preceptos legales, y si en ellos no se hallare base suficiente para efectuarla, se hará sobre las ideas de derecho y de justicia*".⁶¹

Essa posição — de solução do conflito de bens pelo critério legal — é defendida por NUVOLONE.⁶² Mas naqueles casos em que não haja solução para o conflito tão-só pelo critério legislativo, seja pela maior valoração ao bem jurídico tutelado, seja pela maior gravidade, qualitativa ou quantitativa, da sanção imposta, como quer GROSSO,⁶³ nada obsta a que se recorra a um critério ético-social.⁶⁴ Mas não

54. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Conduta Punível*, pág. 80.

55. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *idem*, *ibidem*.

56. ARTURO ROCCO, *L'Objetto del Reato*, pág. 303, "*Ogni pericolo ha un quid di subbiettivo, anzi di obbiettivo e subbiettivo insieme, e non esiste un pericolo puramente oggettivo e puramente soggettivo*."

57. FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penale*, vol. II, pág. 77.

58. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, vol. III, pág. 622.

59. ANÍBAL BRUNO, *Diritto Penal*, tomo I, pág. 381.

60. REINHART MAURACH, *op. cit.*, vol. I, pág. 393.

61. EUGÊNIO CUELLO CALÓN, *op. cit.*, vol. I, pág. 377.

62. PIETRO NUVOLONE, *I Limiti Taciti della Norma Penale*, pág. 122.

63. CARLO F. GROSSO, *Difesa Legittima e Stato di Necessità*, pág. 31. HANS WELZEL afirma categoricamente que "*para la apreciación de los bienes jurídicos habrá que recurrir al orden jurídico en su conjunto; un punto de apoyo ofrece especialmente el monto de las cominaciones penales en hechos que en lo demás tengan características similares*" (*Derecho Penal Alemán*, 11.ª ed., pág. 132).

64. MIGUEL REALE JÚNIOR, *Dos Estados de Necessidade*, pág. 86.

se negue que este deve ser o último socorro a ser procurado, em que pese a opinião de REALE JÚNIOR,⁶⁵ pela ampla dose de arbítrio que se comete ao julgador, ainda mais porque, na valoração das ações para erigi-las em tipos e dar-lhes diferentes sanções, tal critério político já foi observado pelo legislador.

Aliás, a propósito, é válida a afirmação de JESCHECK, ao combater o aumento dos poderes discricionários do juiz: *"Infatti, sebbene nelle discussioni internazionali si parli ora ripetutamente a favore di un potere discrezionale del giudice il più possibile libero, il progetto ha preso a cuore il vincolo del giudice ad opera del legislatore, non perchè il nostri giudici siano meno degni di fiducia di quelli stranieri, ma perchè la sicurezza della libertà, mediante una rigorosa osservanza della divisione dei poteri, appare più importante di un utile dal punto di vista politico-criminale, che potrebbe essere trovato nella estensione della discrezionalità del giudizio"*.⁶⁶

9.3. O agente não deve ter a obrigação de enfrentar o perigo, quer essa obrigação derive de lei, de contrato ou de seu comportamento anterior. Tanto é irrelevante a alegação de necessidade por quem tem o dever legal de enfrentar o perigo (*verbi gratia*, bombeiro no combate ao fogo), como por quem assumiu essa obrigação em decorrência de contrato ou por haver acarretado o perigo. Parece-me não mais ter cabimento a discussão sobre se o dever a afastar o estado de necessidade seria apenasmente o *legal* ou também o *jurídico*. O tratamento dado pelo Código Penal de 1969 (art. 13) à omissão insere-se sistematicamente no estado de necessidade discriminante.

Embora o Código Penal de 1940 permita a dirimente quando o agente houver causado o perigo *culposamente*, como faz ver a expressão "não causou por sua vontade" (art. 20),⁶⁷ tal não ocorre na nova legislação penal. Basta o perigo haver sido provocado pelo agente: tem o dever de enfrentá-lo, pouco importando que, na causação do perigo, o agente tenha atuado com dolo ou culpa *stricto sensu* (arts. 13, § 2.º, e 17, n. II, do Código Penal de 1969).

Mas não se creia que a simples *causação* do perigo basta para excluir o estado de necessidade. O caso fortuito e a força maior (art. 18), assim também os casos em que o perigo tenha sido criado sem dolo ou culpa em sentido estrito, mantêm a possibilidade da excludente de criminalidade do estado de necessidade (art. 19).

65. MIGUEL REALE JÚNIOR, op. e loc. cit.

66. HANS HEINRICH JESCHECK, *Le Basi Ideologiche e Politiche del Progetto per un Nuovo Codice Penale Germanico*, Scuola Positiva, IV Serie, Anno VI, 1964, pág. 16.

67. ANÍBAL BRUNO, op. cit., tomo I, pág. 383. A legislação alemã a vigorar a partir de 1.º.1.1973, além de adotar a teoria diferenciadora (v. nota 45), permite o estado de necessidade mesmo àquele que cria o perigo, seja dolosa, seja culposamente.

Também, mister que o bem ameaçado não possa ser salvo sem o sacrifício de outro, sob pena de não haver cobertura jurídica, pelo estado de necessidade, à ação lesiva.

CAPÍTULO III

EXIGIBILIDADE DE CONDUTA ADEQUADA A NORMA

10. Conceito

Como já se afirmou, na dogmática penal um dos elementos do delito que mais insistentemente tem merecido atenção é, não há negar, a culpabilidade. Não só pela angústia que tem provocado a sistemática definidora de nossos diplomas legais com relação à imputabilidade, dando-a sempre pela forma de sua inexistência (incapacidade biopsicológica normativa de entender e de querer), como em relação aos conceitos de dolo e culpa em sentido estrito e, principalmente, com a não estratificação, em forma sólida, da *exigibilidade de conduta adequada à norma*, como elemento integrante do juízo de censura. Daí porque a audácia de tentar indicar as dificuldades que a envolvem, sem, porém, o atrevimento de buscar afastá-las.

A exigibilidade é, para alguns,⁶⁸ a possibilidade de "formação de um querer imune de defeitos",⁶⁹ enquanto, para outros,⁷⁰ representa a "possibilidade de motivação normal da vontade do agente, em consequência da normalidade das circunstâncias concomitantes do fato".

Verdade que o ilustre professor alemão MAURACH se contrapõe ao conceito de circunstâncias concomitantes, afirmando-o uma ficção, desde que afirma inexistir crime que não resulte de certo estado de coação, puramente subjetivo embora.⁷¹

Erroneamente se procura condicionad sua existência à falta de liberdade, dizendo-se que "vontade sem liberdade não é vontade".⁷² Ora, tanto na coação moral irresistível, como na obediência hierárquica, assim também na ação necessária, o agente atua com liberdade de optar entre sofrer um mal ou agir injustamente. Há, pois, aquele mínimo de liberdade necessário à existência da vontade e, ao mesmo tempo, incensurabilidade por não exigibilidade de conduta adequada à norma.

68. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, vol. II, pág. 223.

69. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale*. Parte Geral, pág. 334.

70. ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, tomo II, pág. 97.

71. REINHART MAURACH, op. cit., pág. 91.

72. ODIN AMERICANO, *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, pág. 336.

Fugindo a uma conceituação direta, EBERHARD SCHMIDT di-la existente “cuando el proceso de motivación del autor, atendiendo a la situación de conjunto, no deba ser motejado de incorrecto o contrario a lo debido”.⁷³ Na mesma forma a estrutura REINHARD FRANK ao crer impossível a reprovação quando o “autor de certas ações tenha agido debaixo de certa anormalidade”.⁷⁴

Pode-se concluir que a exigibilidade de conduta adequada à norma “é a faculdade, que se reconhece no homem normal, de resistir aos seus próprios impulsos, conformando sua conduta às exigências do direito”.⁷⁵

É, enfim, a possibilidade de se exigir do agente imputável (capacidade de culpa), nas condições do seu atuar doloso ou culposos, a adequação do seu comportamento às normas do direito.

11. Evolução Histórica

Em Stuttgart, 1857, VON WACHTER referiu-se a “circunstâncias nas quais uma extraordinária força física ou psíquica coloca o agente, que vê atacados ou em perigo seus bens ou os de um estranho, em tal situação que se lhe não pode exigir, como regra, que se resigne ao sacrifício, e, se atua, se o deve estimar impune, o que não supõe que o ato seja lícito”.⁷⁶ Não resta dúvida que a conjugação do juízo de antijuridicidade — não suposição de ato lícito — com uma causa de exculpação — inexigibilidade de resignação ao sacrifício — conduziu à inclusão de outro elemento, que não só o dolo e a culpa em sentido estrito, na estrutura da culpabilidade, embora ainda de forma incipiente e sem maiores preocupações de ordem sistemático-doutrinária.

Ainda no século XIX, DOLMAN afirmava que a lei, “no estado de necessidade, desculpa uma conduta antijurídica porque não pode exigir o heroísmo”,⁷⁷ concluindo BERNER (Berlim, 1898), que “o estado de necessidade se fundamenta sobre um direito de necessidade ou constitui uma simples causa de inculpabilidade”,⁷⁸ isto é, excluindo, *ultima ratio*, a censurabilidade pessoal.

Essas posições da doutrina se compatibilizaram com a decisão do *Reichsgericht*, proferida em 23.5.1897 pela IV Sala de Penal, em relação a um crime culposos de lesões corporais e apontada como a

73. Cf. aponta LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, vol. VI, pág. 938.

74. V. nota 73, pág. 939.

75. ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Aspectos da Culpabilidade no Direito Penal*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 10, pág. 96.

76. Cf. notícia histórica de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, nota 73, pág. 933.

77. V. nota 76.

78. V. nota 76.

primeira que se ocupou da *inexigibilidade de outra conduta* como motivo de exculpação. Decidiu o tribunal pela não culpabilidade de um cocheiro que viu-se compelido, pelo patrão, a atrelar à sua carroça um cavalo assustadíssimo, com isso ocorrendo um atropelamento previsível e previsto,⁷⁹ ainda que não aceito nem querido.

Com base nesse entendimento jurisprudencial, FRANK, em 1907, formulou a concepção normativa da culpabilidade, em oposição à psicológica, na qual inseriu, ao lado do dolo ou da culpa *stricto sensu* e da imputabilidade do autor, o núcleo da reprovação consistente na possibilidade de se exigir normal motivação ou, em outras palavras, adequação da conduta às normas do Direito.⁸⁰

Partindo dessa motivação anormal como um dos elementos do juízo de censura que é a culpabilidade normativa, JAMES GOLDSCHMIDT afirmou que “embora a motivação normal não seja o único pressuposto da exigibilidade e da reprovabilidade, a motivação anormal constitui, em contrapartida, o único pressuposto da não exigibilidade”.⁸¹

Hoje, não há duvidar, espancou-se da doutrina um conceito meramente psicológico da culpabilidade, em que pese a oposição abalizada e ponderável de SEBASTIAN SOLER,⁸² ainda que se não tenha alcançado a sua estruturação definitiva, mercê da evolução constante que vem sofrendo como elemento estrutural do delito. Mas pode-se colocar a exigibilidade de outra conduta como o núcleo de reprovação pessoal irrogável ao autor de uma ação típica e antijurídica.

12. Natureza Jurídica

Ainda que WELZEL tenha construído um conceito de culpabilidade do qual não consta a exigibilidade de outra conduta por considerá-la tão-só causa de exclusão da antijuridicidade nos delitos culposos e dolosos omissivos, excepcionalmente nos dolosos comissivos,⁸³ a esmagadora maioria dos autores a inclui entre os elementos do juízo de censura (culpabilidade).

Para ANÍBAL BRUNO a culpabilidade estará excluída também “se concorrerem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao dever”.⁸⁴ E o ilustre professor pernambucano é mais explícito nessa posição ao desdobrar

79. V. nota 73, págs. 934 e 935.

80. V. nota 74, pág. 934.

81. JAMES GOLDSCHMIDT, *Concepción Normativa*, pág. 31.

82. SEBASTIAN SOLER, *Culpabilidade Real e Culpabilidade Presumida*, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 4, págs. 5 a 36.

83. HANS WELZEL, *Derecho Penal*, Parte Geral, 1956, pág. 180.

84. V. nota 70, pág. 30.

a culpabilidade em seus elementos integrantes.⁸⁵ “A culpabilidade, assim, não consiste somente em se ter querido o resultado com consciência de sua ilicitude, ou dado causa a este por negligência ou imperícia, sua essência está na censurabilidade”, vale dizer, “a exigibilidade de conduta diversa é, assim, pressuposto da censurabilidade pessoal.”⁸⁶

RICARDO C. NUÑEZ, por igual, insere a exigibilidade no conceito da culpabilidade, ao dizer que a reprovação se dará “se as circunstâncias internas e externas, concomitantes à sua ação delituosa, demonstram que era exigível comportamento psíquico distinto do observado”.⁸⁷ “O juízo de censura em que se estrutura a culpa não se esgota numa relação subjetiva do fato com o agente sob a forma de dolo ou negligência, mas supõe sempre a possibilidade de se exigir do agente um outro comportamento.”⁸⁸

MEZGER nota que “embora o juízo de culpabilidade ligue-se a uma determinada situação de fato, que reside no agente, não se pode duvidar que esta situação deva ser valorizada e considerada como um processo reprovável para o agente”,⁸⁹ colocando, como se vê, a exigibilidade na estrutura da culpa *lato sensu*.⁹⁰

Mesmo MAURACH que havia criado a *responsabilidade do fato*,⁹¹ inserida entre a antijuridicidade e a culpabilidade — que denomina *atribuibilidade* (“*el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible*”⁹²) — e fundada na exigibilidade de conduta adequada ao direito, embora a situasse não “*al final de la teoría de la culpabilidad, sino fuera, esto es, antes de ella*”,⁹³ parece ter reconsiderado ao afirmar, em 1966, que “o terceiro e último elemento da culpabilidade também se configura por um juízo de valor, é a exigibilidade de uma conduta conforme o direito, ou conforme a norma, que é elemento necessário da culpabilidade; portanto a não exigibilidade constitui fator que elimina a culpabilidade, de acordo com o aforisma *ultra posse nemo obligatur*”.⁹⁴

85. V. nota 70, pág. 38.

86. ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Aspectos do Anteprojeto de Código Penal, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 9, pág. 91.

87. RICARDO C. NUÑEZ, *La Culpabilidad en el Código Penal*, págs. 4 e 5, noticiando a concepção normativa de culpabilidade.

88. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, v. I, pág. 443.

89. EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 4.

90. V. nota 89, pág. 203 e segs.

91. REINHART MAURACH, op. cit., pág. 34.

92. V. nota 91, v. I, pág. 154.

93. V. nota 91, v. II, pág. 48.

94. REINHART MAURACH, *A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 15, pág. 35.

Aliás, nesse sentido BETTIOL, ao situá-la como “o terceiro requisito para que o juiz possa reconhecer como culpável um ato lesivo” (“a normalidade das circunstâncias com que a ação foi praticada”).⁹⁵ Porém, JOSÉ FREDERICO MARQUES, que acompanha o autor italiano, labora em equívoco ao situar o erro de fato — onde inexistente dolo por ausência de representação (elemento intelectual) — como não exigibilidade de outra conduta.⁹⁶

Ora, partindo do conceito normativo de culpabilidade, a ausência da exigibilidade implica na inexistência do juízo de censura pessoal e, a grosso modo, na impossibilidade de se exigir do autor uma conduta compatível com o direito, ou, no falar de SCARANO, “a não exigibilidade constitui a *ratio* das causas que excluem a culpabilidade”.⁹⁷

Em verdade, o inimputável ou o que atua sem dolo ou culpa *stricto sensu* age de forma a se lhe tornar inexigível outra conduta. Como se exigir do louco uma atuação conforme o direito? O que importa, pois, é a colocação da exigibilidade na estrutura da culpabilidade, mas de forma a que só se alcance um juízo de valor sobre ela quando vencidos os pressupostos de sua apreciação e existência: imputabilidade e atuação dolosa ou culposa do autor.

Por isso, “a culpabilidade requer a imputabilidade do autor, sua vinculação psicológica ao crime e a normalidade de motivação, com a conseqüente exigibilidade de comportamento diverso”.⁹⁸

13. CAUSAS LEGAIS DE NÃO EXIGIBILIDADE:

Autoria mediata e ação necessária

Indubitável que a exigibilidade assim conceituada, em sua face negativa — inexigibilidade, tem íntima ligação com a problemática da autoria mediata ou indireta.

Como autor mediato é quem atua por intermédio de outrem sem culpabilidade,⁹⁹ no cumprimento a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico e na coação moral irresistível há incidência do problema, tanto que se pune o autor da coação ou da ordem (art. 18 do Código Penal de 1940 e art. 24, parágrafo único, do Código Penal de 1969).

95. V. nota 69.

96. V. nota 68, pág. 224.

97. V. nota 68.

98. ALCIDES MUNHOZ NETTO, *A Culpabilidade no Novo Código Penal*, IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, Recife, 1970, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 13, pág. 139.

99. V. nota 70, pág. 267.

Tanto a obediência hierárquica como a coação moral irresistível podem ser casos de *não exigibilidade de conduta adequada à norma*, previstos como motivos de exculpação.

Embora a obediência hierárquica possa atuar no dolo e na culpa por ausência de representação do fato como ilícito, nada impede que o executor da ordem a saiba ilegal ainda que não manifestamente — e, diante da impossibilidade de não cumpri-la sem graves riscos pessoais, ter um atuar não censurável por não exigibilidade de outra conduta. FREDERICO MARQUES também entende que o executor da ordem tanto pode presumir sua licitude, quanto se sentir impossibilitado de desobedecer àquele que a ditou,¹⁰⁰ secundando o pensamento de ANTÓN ONECA.¹⁰¹

Outro é o entendimento de ARTURO SANTORO ao afirmar exculpável o agente somente quando, pela não manifesta ilegalidade da ordem, não atue com dolo. Estende, porém, a exculpação quando o erro sobre a legitimidade deriva de culpa. “*Quando il destinatario dell'ordine penalmente illegittimo, cioè criminoso, non era tenuto ad eseguirlo, può non aversi responsabilità di lui per difetto di colpevolezza*”.¹⁰²

Quanto à coação moral irresistível há, não é temerário afirmá-lo, quase unanimidade de autores situando-a no campo da não exigibilidade. Aqui o agente imputável também atua com dolo, porém é impossível exigir-se-lhe uma adequação de sua conduta às normas do direito. Como já se afirmou anteriormente (n. 1), a redação dada pelo Código Penal de 1969 à coação irresistível não muda a sua natureza jurídica.

13.1. O Código Penal de 1969 (art. 25) regulou a ação necessária como causa de exculpação quanto a conflito de *direito*, não a restringindo apenas à vida ou à integridade física.

Adotou, no tocante ao auxílio necessário, a teoria da identidade pessoal, perante a qual o auxílio só é válido quando o agente igualmente se sacrificaria pela pessoa em favor de quem atua. Daí porque a restrição pessoal contida no corpo do art. 25.

14. Causa Geral de Exculpação

Sendo, pois, um elemento estrutural da culpabilidade, imposto ao agente imputável e que atua com dolo ou culpa com normal motivação, a ausência da exigibilidade de outra conduta implica no afastamento do juízo de reprovação em relação ao ato típico e antijurídico.

100. V. nota 68, pág. 236.

101. JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, vol. 1, pág. 274.

102. ARTURO SANTORO, *L'Ordine del Superiore nel Diritto Penale*, pág. 252.

dico. “Não há por que deixar de admitir a exclusão da culpabilidade quando uma conduta típica ocorreu sob pressão normal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta. Cortar, *a priori*, uma forma genérica de inexigibilidade de outra conduta como causa de exclusão da culpabilidade, ou é supor que o legislador penal tem uma consciência que em outros setores do direito ninguém afirma existir, ou então considerar o Direito Penal uma espécie *sui generis* da ciência jurídica, em que não há omissões nem lacunas — verdadeira zona do universo jurídico, onde o sentido finalístico da norma jurídica, como imperativo das exigências sociais, deve ser de todo riscado.”¹⁰³

Também para ANÍBAL BRUNO a ausência da exigibilidade constitui uma causa supralegal de exculpação. “Cabe admitir a não exigibilidade de conduta diversa com o caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade em qualquer de suas formas, dolo ou culpa. Tal princípio está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema. Na realidade, são casos de verdadeiras lacunas da 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 ao Direito Penal.”¹⁰⁴

MUNHOZ NETTO, ao referir que “a conduta só se considera culpável quando outro comportamento não se poderia exigir do agente”,¹⁰⁵ evidentemente coloca a não exigibilidade como causa geral de exculpação, o que, aliás, deixa patente ao citar DELITALA na afirmação de excluir-se “a reprovação e, portanto, a culpabilidade, se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao direito”.¹⁰⁶ “*Cuando no pueda serle exigida al autor una conducta conforme al Derecho, a pesar de que el agente ha aperebido el alcance real y jurídico de su conducta, o por lo menos, a pesar de que hubiera debido y podido apreciarlo, cuando no era posible esperar que la representación del resultado típico y carácter socialmente dañino fueran contra motivo decisivo para que el autor motivara su conducta de acuerdo con el Derecho: o, dicho con otras palabras: cuando el proceso de motivación del autor, “atendiendo a la situación de conjunto no deba ser motejado de incorrecto o contrario a lo debido.”*¹⁰⁷

No mesmo passo WELZEL, após considerar que “*por regla general, el Derecho exige al autor imputable y que puede, además, conocer la antijuridicidad de su proceder voluntario, que determine su*

103. V. nota 68, pág. 227.

104. V. nota 70, pág. 102.

105. V. nota 75, pág. 95.

106. V. nota 75, pág. 95.

107. V. nota 73, pág. 938.

voluntad conforme a estas posibles consideraciones", conclui: "Sin embargo, hay situaciones decisivas en que un obrar adecuado al Derecho no es exigible al autor imputable que actúa con intero conocimiento de lo injusto".¹⁰⁸ ASÚA, após situar a exigibilidade como a base da reprovação, afirma que, "en consecuencia, si no le es exigible esa conducta, la reprobabilidad no puede dirigirse contra quién, incluso voluntariamente, ha procedido antijurídicamente."¹⁰⁹

A não exigibilidade pode ser invocada, apesar de não haver texto expresso de lei, como forma genérica de exculpação, visto que se trata de princípio inerente ao sistema penal.¹¹⁰

MAURACH, após reformular a sua construção e situar a exigibilidade na estrutura da culpa *lato sensu*, também admite a sua inexistência como causa de exclusão da culpabilidade, cauteloso, embora, no generalizá-la. Apenas MEZGER, após considerar a não exigibilidade como causa geral de exclusão do juízo de reprovabilidade, no decorrer do domínio político do nacional-socialismo, não mais a catalogou dessa forma por motivos pragmáticos, mais do que dogmáticos.¹¹¹

Por outro lado está, hoje, superada a controvérsia da aplicabilidade dessa causa geral de exculpação aos delitos dolosos, tanto os omissivos quanto os comissivos. Em suma, a não exigibilidade de outra conduta deve ser considerada causa geral de exclusão da culpabilidade, ainda que não prevista especificamente, em relação a quaisquer delitos.

Aliás, tomando-se o conceito de força maior como a compulsão da vontade humana à prática de uma ação positiva ou negativa,¹¹² não se afasta a continência da não exigibilidade de outra conduta, por esse conceito, e, assim, pelo art. 18 do Código Penal de 1969, que regula esse instituto, não há falar em culpabilidade. Esse dispositivo, complementado pelo art. 25 e o § 1.º do art. 30, regula a não exigibilidade como causa geral de exclusão da culpa *lato sensu* no direito positivo brasileiro, quanto mais não seja pela aplicação da analogia *in bonam partem*.

15. Critério Limitador

Entanto se faz necessário o estabelecimento de um critério que permita a fixação dos limites da exculpação por não exigibilidade, solucionando a aplicação do instituto. Não resta dúvida da impor-

tância de tal fixação a fim de prevenir abusos no seu reconhecimento.

15.1. Não há negar que só é relevante a não exigibilidade quando exista colisão de direitos, isto é, interesses juridicamente reconhecidos, em que pese a posição de EDUARDO CORREIA ao entender que "a colisão entre deveres morais, ou entre deveres jurídicos e morais ou de consciência que, nem por não serem juridicamente reconhecidos, deixam de ser merecedores — porventura até no mais alto grau de conduzir a uma exclusão de culpa quando o agente se pronunciar a favor deles".¹¹³

Assim, seria exigível uma conduta adequada à norma quando a compulsão se desse em razão de fatores morais. A situação exógena, pois, concomitante à conduta e capaz de viciar a escolha conducente à não exigibilidade, seria aquela calcada em direito e como tal reconhecido. Por isso que, *verbi gratia*, seria censurável a conduta daquele pai que deixa de internar a filha gravemente enferma, com isso ocorrendo a morte, para cumprir a promessa feita à mulher moribunda, ou a daquele sacerdote que dirige sem habilitação para prestar consolo espiritual a alguém prestes a morrer.¹¹⁴

A ordem jurídica deve imperar, por sua superioridade e independência, sobre valores morais e ou religiosos.

15.2. Por outro lado, a motivação do agente só pode ser considerada anormalmente referida quando resulte de "escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo" (art. 30, § 1.º, do Código Penal de 1969).

Só fundado nesse princípio dicotômico — colisão de deveres juridicamente reconhecidos e vontade originada de escusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo — se pode reconhecer a inexistência da exigibilidade de outra conduta e afastar-se, por isso, o juízo de reprovação em que consiste a culpabilidade.

108. V. nota 83.

109. V. nota 79, pág. 932.

110. V. nota 69, págs. 335 e 336.

111. V. nota 79, pág. 939.

112. ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa*, pág. 195.

113. V. nota 88, pág. 454.

114. V. nota 113.

PARECERES

O CRIME DE DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR

ROBERTO LYRA

Consulta

O ilustre advogado Dr. R. Fabiano T. Ribeiro honrou-me com a seguinte consulta:

“Manaus, 8 de março de 1973

Excelentíssimo Senhor

Prof. Dr. Roberto Lyra

Rio de Janeiro — GB

Senhor Professor:

Servimo-nos da presente para expor e, mui respeitosamente, solicitar a V. Exa. o seguinte:

II. Estamos patrocinando, conjuntamente com o Exmo. Sr. Prof. Dr. Aldroaldo Mesquita da Costa, no foro da Justiça Federal (Seção Judiciária do Amazonas), a defesa dos Srs. Kaled Hassan e Sr.^a Sadie Hauache, num processo crime em que foram denunciados por suposta infração ao art. 171, § 2.º, item III, com a agravante do § 3.º do mesmo artigo do Código Penal.

III. A nós, patronos dos acusados, afigura-se-nos inteiramente sem procedência a iniciativa penal, dado não estar satisfeito o principal requisito da figura delituosa que lhes é atribuída: o de serem depositários da mercadoria dada como desviada, detalhe que se encontra perfeitamente caracterizado no dossiê que estamos tomando a liberdade de lhe encaminhar.

IV. Porque se trata de espécie pouco corrente e considerando a alta qualidade de V. Exa., como especialista na matéria, e, igualmente, a circunstância de ser V. Exa., o único remanescente da comissão elaboradora do Código Penal, permitimo-nos solicitar-lhe que, por nímia gentileza, dê-nos sua autorizada opinião sobre o assunto.

V. Na expectativa de sua mui fidalga atenção para o assunto, honramo-nos em subscrevermo-nos, de V. Exa., mui

Atenciosamente,

Raimundo Fabiano Teixeira Ribeiro

Advogado — OAB GB — OAB AM

Restituo as cópias do processo e outros documentos que instruíram a consulta e passo a emitir meu parecer.

Parecer

1. *Interpretação e aplicação do Código Penal.* 2. *O crime de defraudação de penhor.* 3. *Sujeito ativo.* 4. *Sujeito passivo.* 5. *Elemento objetivo.* 6. *Elemento subjetivo.* 7. *Ílcito penal.* 8. *Conclusão.*

1. *Interpretação e aplicação do Código Penal.* Como membro — o único sobrevivente — da comissão elaboradora do Código Penal em vigor, posso informar sobre o elemento histórico, sobretudo a origem, o espírito a política das normas.

Proponho-me a colaborar com sincera e justa reverência à Justiça.

Em *Novo Direito Penal* escrevi sobre o Código de 1940:

“O pensamento do legislador foi sub-rogado à plenitude jurisdicional assistida pela confiante margem de arbítrio proporcionada à consciência do juiz” (Rio, 1971, vol. I, pág. 24).

A Justiça possui luzes próprias para atender às novas realidades.

O Código brasileiro, na expectativa da evolução do conceito de fraude penal, adotou caminho próprio.

Entre os livros sobre a fraude na criminalidade atual, inclusive as “fraudes complementares”, recomendam-se CONRADO A. FINZI, *La Estafa y Otras Fraudes*, Buenos Aires, 1961 e VIVEZ JACQUES, *Les Fraudes*, Paris, 1970.

Não é preciso recorrer à bibliografia limítrofe que confunde o ilícito penal com o ilícito civil e, pior, o ilícito fiscal.

2. *O crime de defraudação de penhor.* Do Código Penal de 1890:

“Alhear, ou desviar os objetos dados em penhor agrícola, sem consentimento do credor, ou por qualquer modo defraudar a garantia pignoratícia” (art. 338, n. IV).

Do Código de 1940:

“Nas mesmas penas (as do art. 171) incorre quem:

III. defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado” (art. 171, § 2.º, n. III).

Vede o n. III do § 1.º do art. 251 do Código Penal Militar:

“Defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse de objeto empenhado.

O Código de 1890 destacava a alheação e o desvio dos objetos dados em penhor agrícola dos outros modos de defraudação de garantia pignoratícia em geral. A defraudação do penhor constituía modalidade do crime de estelionato.

O Código de 1940 não distinguiu o penhor agrícola. Conservou, porém a menção das variantes do elemento objetivo, isto é, a alienação e não mais alheação e outro modo. O crime de defraudação de penhor deixou de ser modalidade do estelionato e foi incluído entre as “outras fraudes”. Vede a epígrafe do capítulo VI do título II.

O Código de 1890 não ementava ou rubricava o tipo, com o *nomen iuris* em cota marginal, como faz o de 1940. Daí a denominação — defraudação de penhor — que marca a generalidade tutelar de toda garantia pignoratícia à mercê do possuidor.

O paradigma (*typus regens*) está no *caput*.

Os responsáveis pelo Código de 1940 não aceitaram a crítica a BATISTA PEREIRA: obviamente, não poderia haver defraudação com o consentimento do credor. Vimos antecipação, e não demasia, na abertura para as aquisições sobre o silêncio como manifestação da vontade.

3. *Sujeito ativo.* Somente quem tem a posse do objeto empenhado pode ser sujeito ativo do crime de defraudação do penhor. Trata-se de posse direta e desvigiada a justo título, como na apropriação indébita (exposição de motivos, n. 56, 2.º período, *in fine*).

A responsabilidade penal é pessoal (§ 13 do art. 153 da Constituição).

Não é lícito imputar infração penal sem individualizar ação (o crime é comissivo) ou omissão objetiva e subjetivamente.

Atente-se no § 2.º do art. 171: “Nas mesmas penas incorre quem.” Grifamos *quem*. Vede no art. 25: “*Quem*”... É inepta a denúncia sem “nenhuma especificação dos atos que caracterizariam a co-participação, afirmada em fórmula vaga”. (Acórdão do STF, de 13.10.1965, RTJ, n. 35, março, 1966, pág. 517).

Do voto do Min. Gonçalves de Oliveira: “Se não houvesse essa determinação na lei ordinária, processual, ela subsistiria pelo pre-

ceito constitucional desenganado a que acabei de me referir” (pág. 535).

É inepta a denúncia “que não destaca a participação de cada acusado na prática do delito”. (Acórdão do STF, de 11.11.1968, RTJ, vol. 49, julho, 1969, pág. 21).

Do parecer adotado: “De relevância para o Direito Penal é somente aquela (participação punível) que tenha, de uma ou outra forma, desempenho causal físico ou objetivo... É indispensável por isso que a denúncia destaque a participação de cada acusado na prática do delito” (págs. 23 e 24).

“Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva é indispensável que ela descreva, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente”. (Acórdão do STF, de 18.11.1968, RTJ, vol. 49, agosto, 1969, pág. 388).

4. *Sujeito passivo*. Sujeito passivo do crime de defraudação de penhor é o credor despojado da garantia.

Não é sujeito passivo quem não foi lesado. O crime é de dano e não de perigo.

5. *Elemento objetivo*. O elemento objetivo do crime de defraudação de penhor é a ação (trata-se de crime comissivo) de defraudar o penhor, alienando o seu objeto sem consentimento do credor ou de outro modo apto a produzir o resultado.

Há de verificar-se a defraudação do penhor em si, como origem e fim, e não meio (*fraus creditorum*). Vede na epígrafe do capítulo VI do título II do Código Penal “outras fraudes”.

O bem jurídico protegido na incriminação da defraudação de penhor é o patrimônio. Sem o prejuízo efetivo não se estabelecem os termos da relação de causalidade — ação e resultado. Ação típica e eficaz suscetível de convocar a sanção extrema pela gravidade da ilicitude.

A defraudação faz desaparecer a garantia pignoratícia, ficando o credor desgarantido.

6. *Elemento subjetivo*. O sujeito ativo há de querer ou assumir o risco de produzir o resultado lesivo do patrimônio do sujeito passivo.

A própria relação de causalidade objetiva (art. 11 do Código Penal) pressupõe consciência e vontade (exposição de motivos, ns. 22 e 23).

Todo o *iter* há de ser presidido pelo *consilium fraudis*.

7. *Ilícito penal*. O que caracteriza o ilícito penal é o imperativo causal de ação ou omissão típica, é o endereço da vontade ou do

risco aceito para resultado que a lei considera criminoso, segundo normas prévias, expressas, exclusivas, inflexíveis, com inconfundíveis e incomparáveis implicações.

A norma penal é traçada à altura dos direitos humanos e das garantias individuais.

8. *Conclusão*. O Ministério Público velará pela indivisibilidade da ação privada (art. 48 do Código do Processo Penal). Com maioria de razões, assegurará a indivisibilidade da ação pública. Se caracterizável tipicidade penal, seriam incluídos na denúncia pelo menos o fiel depositário e os carregadores (arts. 11 e 25 do Código Penal) para a seleção do juiz e não do arbítrio policial ou acusatório.

A denúncia não individualizou participação. Portanto, não há, sequer, objeto para indagar de concorrência dos denunciados (art. 386, n. IV, do Código do Processo Penal).

Os denunciados não tinham a posse direta e desvigiada da mercadoria empenhada. Sem convivência entre credor e devedor, em detrimento da fazenda nacional, não se poderia atribuir a “posse” a “depositário de fato” contra a lei e o contrato. Aliás, não a um, mas a vários depositários de fato (os denunciados).

O fiel depositário constituído pelo credor no contrato de comodato exerceu o *munus* até que ficou sem objeto a garantia pignoratícia.

Nem houve, nem poderia haver prejuízo. E não poderia haver em face dos meios ordinários e extraordinários à disposição do credor para neutralizar o devedor e prevenir qualquer dano, além das medidas cautelares e assecuratórias da lei processual penal.

A fraude, ocultação da má-fé, é insidiosa por natureza e, portanto, incompatível com o “recrutamento” de 200 homens para carregar fardos “até o raiar da madrugada” (vede a denúncia). Além de duplamente impossível o resultado pelo meio e pelo fim, é inverossímil, se não inconcebível, nas atuais circunstâncias, o espetáculo de 200 operários conduzindo volumes sob fardos noturnos, sem a intervenção de um dos múltiplos serviços federais e estaduais de vigilância.

Rio de Janeiro, 7 de maio de 1973.

COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE MEMBROS DO M.P. ACUSADOS DE CRIMES CONTRA A UNIÃO

VÍCTOR NUNES LEAL

I — Os temas da consulta. II — Disciplina constitucional não exaustiva. III — Competência estadual e federal. IV — Histórico da norma pertinente. V — Validade da norma processual federal. VI — Incidência da norma na área da Justiça Federal e sobre todos os órgãos do Ministério Público. VII — Casos da competência originária do Tribunal Federal de Recursos. VIII — Ampliação construtiva da competência dos tribunais federais. IX — Conclusão.

I — Os temas da consulta

1. A consulta a nós dirigida pelo ilustre advogado Dr. JOSÉ LUIZ CLEROT gira sobre a competência originária por prerrogativa de função do Tribunal Federal de Recursos para julgar ação penal em que um Procurador da Justiça do Trabalho — integrante, pois, do Ministério Público Federal, junto àquela justiça especializada — é acusado da prática de crimes contra bens, serviços ou interesses da União.

2. A questão — assim sinteticamente formulada — engloba, na verdade, diversas indagações, que se poderiam desdobrar na seguinte ordem:

I — O Direito brasileiro vigente concede foro especial por prerrogativa de função aos órgãos do Ministério Público?

II — Esse foro especial, se subsistente, e considerada a redação do art. 87 do Código do Processo Penal, é restrito aos processos por crimes da competência das Justças locais ou se estende também aos da competência da Justiça Federal?

III — Afirmada a última hipótese, é do Tribunal Federal de Recursos a competência originária para julgá-los?

3. Com efeito, não obstante o art. 87 do Código do Processo Penal conferir expressamente aos Tribunais de Apelação a competência originária para julgar, entre outras autoridades, os *órgãos do Ministério Público*, não faltaram objeções — de quando em quando revividas — à sobrevivência desse foro por prerrogativa de função, já na vigência da Constituição de 1946, já sob a Carta em vigor.

4. Sustentavam os que advogaram a total insubsistência do art. 87 do Código do Processo Penal, sob a Constituição de 1946, que esta, no art. 124, n. IX, limitara a competência originária dos Tribunais de Justiça às ações penais contra “os juízes de inferior instância nos crimes comuns e de responsabilidade”.

5. Pretendia-se, com isso, explícita ou implicitamente, que só à Constituição fosse dado estabelecer as hipóteses de competência originária dos Tribunais, por prerrogativa de função. E como fundamento da assertiva chegou-se a argumentar que tal competência, se estabelecida por lei, violaria a proibição constitucional de se instituir foro privilegiado ou juízos de exceção.

II — Disciplina constitucional não exaustiva

6. Embora essa linha de raciocínio tenha tido — de 1959 para cá — a prestigiosa adesão de três eminentes Juízes do Supremo Tribunal Federal, temos nós que ela peca pelo perigoso literalismo na interpretação de um dispositivo solitário da Constituição, cujo sentido finalístico a repele francamente.

7. Para que se pudesse divisar no art. 124, n. IX, da Constituição de 1946 — ou no art. 144, § 3.º, da atual, que estendeu a mesma competência dos Tribunais de Justiça ao julgamento dos membros do Tribunal de Alçada — uma discriminação exaustiva e inampliável da competência originária dos Tribunais de segunda instância, seria preciso partir de um conceito de constituição, que as suas melhores teorizações não comportam.

8. Com efeito, a aplicação aqui da regra *inclusio unius exclusio alterius* haveria necessariamente de adotar como premissa que a constituição é, em si mesma, um sistema normativo pleno, que se propusesse a cobrir totalmente a área das matérias de que cogitasse o seu texto. Então, sim, poder-se-ia argumentar que, tendo dedicado um dispositivo à competência penal originária do Tribunal de Justiça e nela incluído apenas os juízes a ele subordinados, o tema estaria esgotado no plano hierárquico da constituição, subtraindo-se inteiramente a qualquer redução ou ampliação por efeito da lei ordinária.

9. Mas, ao contrário, se nem os códigos — que aspiram a essa exaustão normativa do seu objeto — têm conseguido alcançá-la, menos legítimo ainda seria pressupô-la na constituição, sobretudo nas constituições modernas, que, quanto mais ampliam seu conteúdo, mais claramente expõem a descontinuidade do seu tecido normativo.

10. Com efeito, sustentou Kelsen, com lógica poderosa (*Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, pág. 147), que, dado o escalonamento hierárquico das normas que compõem a ordem jurídica nacional, só é necessariamente constitucional a matéria que diz com a organização e o exercício da função legislativa. Tudo o mais, inclusive a disciplina dos outros poderes do Estado, poderia ser deixado, em termos de lógica jurídica, à esfera da lei ordinária.

11. Se, apesar disso, a teoria do Direito Constitucional costuma incluir a organização e as regras básicas de funcionamento do Executivo e do Judiciário e a declaração de direitos individuais no conceito de constituição material, esta é uma tomada de posição política, em que se parte das noções valorizadas da liberdade humana e da separação e independência dos Poderes: essa posição em face do ordenamento político é que impõe a delimitação constitucional da área reservada aos órgãos administrativos e jurisdicionais e o enunciado constitucional dos direitos individuais, como técnica de subtrair tais matérias — de relevante conteúdo sócio-cultural — às flutuações, por vezes de todo injustificadas, do legislador ordinário.

12. Indiscutível, entretanto, é que as constituições escritas jamais se contentaram com essa única limitação ao Poder Legislativo. E, por isso, além das normas atinentes à organização e competência dos três poderes, toda constituição traz ainda outro tipo de normas, cuja função — mostra Kelsen (op. cit., pág. 148) — é *determinar o conteúdo das leis ordinárias futuras*.

13. São normas constitucionais que tratam de matérias que a própria constituição incluía na competência do legislativo ordinário. Versando-as, a constituição limita o âmbito material da competência, que ela própria outorga, seja positivamente, isto é, impondo que a lei futura sobre determinado assunto tenha um conteúdo parcialmente antecipado pela norma de grau superior, seja negativamente, vedando este ou aquele conteúdo à lei ordinária.

14. Ora, tais regras constitucionais visam, por definição, a limitar materialmente a competência do legislador — determinando *parcialmente* o conteúdo da lei — e não a exauri-la regulando *inteiramente* a matéria. Do contrário, perderia sentido a própria outorga, com a mão direita, da competência legislativa, que, com a outra, se tomaria do legislador, esgotando-lhe a tarefa por antecipação.

15. A Constituição, assim, abstraídas as normas de organização e distribuição de competências, é um descontínuo de determinações, positivas ou negativas, mas sempre parciais do conteúdo das leis ordinárias, deixado o restante na esfera de descrição do legislador.

16. Se assim é em relação às Constituições de tipo unitário, os mesmos conceitos são essencialmente aplicáveis, também, às Constituições federais. Só que, nas últimas, a Constituição Federal, sendo a um só tempo, não apenas a fonte da distribuição das competências entre os poderes da União, mas também entre a União e os Estados-membros, encerra limitações materiais, positivas ou negativas, à esfera do legislador federal e também à do legislador constituinte ou ordinário dos Estados.

17. É com essas premissas que cumpre examinar o sentido da norma objeto da consulta, constante hoje do § 3.º, do art. 144, da Constituição Federal.

III — Competência estadual e federal

18. O que — pelo menos em termos lógico-jurídicos — domina toda a seção da Constituição, em que se desdobram o art. 144, seus itens, alíneas e parágrafos, é a regra inicial do *caput*, que atribui competência aos Estados para organizarem sua justiça.

19. Tudo o que segue são limitações materiais à extensão da competência outorgada na oração principal: “Os Estados *organizarão* a sua justiça, *observados* os arts. 113 a 117 desta Constituição e os dispositivos seguintes”...

20. Assim, no contexto do art. 144, o que significa obviamente o seu § 3.º é tão-somente uma limitação *parcial* ao conteúdo das normas estaduais de organização judiciária: só ao Tribunal de Justiça — “privativamente” — pode ser confiado o julgamento dos membros do Tribunal de Alçada e dos juízes de primeiro grau.

21. Ocorre, porém, que a determinação da competência originária por prerrogativa de função — competência material *ratione personae* — situa-se na zona cinzenta, que os teóricos ainda não conseguiram demarcar, entre a esfera da organização judiciária — de competência dos Estados — e a do Direito Processual Penal — confiada ao legislador da União, ao qual também se dirigem, até quando interessem à legislação processual, os princípios cuja observância a Constituição Federal impõe à organização das Justiças estaduais.

22. Como a limitação à legislação processual da União, derivada do art. 144, § 3.º, da Constituição Federal, tem a mesma extensão da que daí resulta para o Estado-membro, a conclusão há

de ser idêntica: o que não pode a lei processual é retirar dos juízes o foro por prerrogativa de função, que a Constituição lhes assegurou; no mais, o legislador fica livre para estender ou não a prerrogativa a outras autoridades.

23. Tem-se, portanto, que o legislador do Código do Processo Penal não transpôs a faixa de opção que lhe deixara a Constituição Federal — ante a única determinação positiva existente desde a Carta de 1937, sob a qual foi editada a lei, até a atual — ao submeter ao mesmo foro constitucionalmente assegurado apenas aos juízes, algumas outras autoridades, como os governadores e secretários dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os chefes de polícia e os órgãos do Ministério Público.

IV — Histórico da norma pertinente

24. Se se chega, assim, por um raciocínio lógico, à constitucionalidade originária do art. 87 do Código do Processo Penal, perante a Carta de 1937 — vigente quando foi ele promulgado — e à sua compatibilidade igualmente com os textos constitucionais posteriores, que apenas repetiram a regra daquela sobre o foro especial dos juízes estaduais, à mesma conclusão nos leva a indagação histórica das origens, no constitucionalismo brasileiro, da norma hoje contida no art. 144, § 3.º, do Estatuto de 1969.

25. Nossa primeira Constituição Federal (1891), fiel ao seu molde norte-americano de federalismo dualista, não contém mais que referências incidentes sobre a Justiça dos Estados, que quase se reduziam ao estritamente necessário para definir as hipóteses em que suas decisões poderiam ser submetidas à jurisdição nacional do Supremo Tribunal. Nenhuma norma constitucional impunha ou vedava *expressamente* aos Estados qualquer solução no campo de organização do seu Poder Judiciário.

26. E não se desconhece o que significou essa omissão do Constituinte de 1891 em termos de insegurança e subordinação do Judiciário local às oligarquias estaduais, como procuramos documentar em *Coronelismo, Enxada e Voto*, 1948, cap. V, especialmente pág. 147. Não espanta, assim, que o mais qualificado crítico daquela situação, RUY BARBOSA, na plataforma presidencial da Campanha Civilista de 1910, tenha chegado a propor a solução radical de romper com o esquema dualista — suposto até então inseparável do federalismo — para unificar a organização judiciária em todo o País. O mínimo, porém, para o grande pregador liberal, seria corrigir a falta maior da Constituição, e tornar expressa como princípio constitucional da União a extensão aos magistrados estaduais das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, só conferidas, então, aos Juízes federais (art. 57 e §§).

27. Decisões do Supremo Tribunal se anteciparam à reforma de 1926 (*Coronelismo*, cit., pág. 147), a qual incluiu — como pedia RUY — entre os princípios constitucionais da União que limitavam a autonomia dos Estados (art. 63), a observância, em relação à magistratura local, da tríplice garantia de independência política, que a Constituição de 1891 outorgara aos juízes federais.

28. Mas é só com a Constituição de 1934 que — embora sem a unificação que RUY preconizara em 1910 — o Judiciário dos Estados passa a ter o conteúdo básico de sua organização e de suas garantias imposto diretamente pela Constituição Federal.

29. Já no título dedicado à organização federal, a Constituição de 1934 cercava o Poder Judiciário estadual de várias normas imperativas de segurança contra a prepotência da política dos Estados. As garantias da magistratura local voltavam a figurar entre os princípios constitucionais compulsórios (art. 7.º, e); os obstáculos às suas ordens e decisões, assim como a falta reiterada de pagamento dos seus vencimentos, constituiriam motivo de intervenção federal (art. 7.º, § 3.º), sob requisição da Corte Suprema ou do Tribunal Superior da Justiça Eleitoral (art. 7.º, § 5.º).

30. É nesse contexto marcadamente judiciarista que a Constituição, em aberta dissonância com a de 1891, inaugura o mecanismo de gizar antecipadamente a estrutura fundamental do Judiciário local, limitando fundamente a área até então deixada livre à opção dos Estados. Ao contrário do que sucederia consecutivamente a partir da Carta de 1937 — em razão do que se passou a repetir JOÃO MENDES e a falar de um só Poder Judiciário Nacional (*verbi gratia*, CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, pág. 77) — a Constituição de 1934 ainda não incluía os Tribunais e Juízes dos Estados na enumeração dos órgãos do Poder Judiciário, *tout court*, mas dedicava o título II às bases de organização da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Afora, contudo, essa diferença de ordem formal, o certo é que então já se estampavam, no art. 104 e seus parágrafos, quase todas as limitações constitucionais, reiteradas, até hoje, nos vários sistemas subseqüentes e que pouco deixaram à competência estadual de organização da sua Justiça, primitivamente quase irrestrita.

31. Ora, é nesse título da Constituição de 1934 que surge no Direito Constitucional brasileiro a regra da “competência privativa das Cortes de Apelação para o processo e julgamento dos juízes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade”.

32. Logo se comprova, assim, que a origem histórica da norma em tela — confirmando o que se havia apurado da análise lógica de sua função constitucional — nada tem a ver com a suposta avocação, pelo constituinte, da competência do legislador estadual de organização judiciária ou do legislador federal de processo para

discriminar exaustivamente a competência penal originária, *ratione numeris*, dos Tribunais de segunda instância.

33. Ao contrário, o foro por prerrogativa de função dos juízes estaduais de primeiro grau aparece em 1934 e permanece até hoje integrando uma série de normas constitucionais conjugadas no propósito de fortalecer as garantias do Poder Judiciário local. Seu sentido nunca foi, desse modo, o de impedir a extensão do foro especial a outras autoridades que não os juízes, mas antes o de vedar o previsível, à luz da experiência: que a prerrogativa de função prodigalizada a outros viesse, porém, a ser subtraída à magistratura estadual.

34. Em síntese: do art. 104 da Constituição de 1934 ao art. 144, § 3.º, da Emenda de 1969, a norma constitucional de que os juízes seriam julgados pelo Tribunal de Justiça teve sempre a conotação de garantia dos magistrados estaduais e não de privilégio exclusivo deles. Discriminando as várias autoridades que gozariam de idêntica prerrogativa de foro, o art. 87 do Código do Processo Penal só seria inconstitucional se delas excluísse as que o princípio constitucional determinou se incluíssem. Quanto às demais — Governadores, Secretários, Ministério Público — contemplou-as validamente o legislador federal, porque competente para regular a matéria, sem limitações ao seu conteúdo: a Constituição, que não lhes garantia o foro especial, também não vedava que o desse a lei processual.

V — Validade da norma processual federal

35. Ante as considerações desenvolvidas, não surpreende que, embora levantada periodicamente a questão, jamais o Supremo Tribunal Federal tenha acolhido a alegação de invalidade, a qualquer título, do art. 87 do Código do Processo Penal, salvo quando a ele se opôs uma norma geral de competência *ratione materiae*, de hierarquia constitucional: a que, a partir de 1946, erigiu o Tribunal do Júri em juiz privativo dos crimes dolosos contra a vida.

36. Com efeito, todas as vezes em que o Supremo Tribunal afastou a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar membro do Ministério Público, esteve em causa a competência constitucional do Júri. Embora a questão da subsistência ou não do art. 87, em hipóteses que não envolviam o Júri, se tenha colocado algumas vezes, no voto de um ou outro dos juízes, em nenhum dos precedentes conhecidos se pode dizer que em tais casos se decidiu pela incompatibilidade daquele dispositivo com a Constituição.

37. Veja-se um dos mais antigos — o Recurso de *Habeas Corpus* — n. 36.643 (29.4.1959), impetrado por um promotor gaúcho, acusado de homicídio e pronunciado, para responder perante o Júri.

Na discussão (RTJ 11/24), mestre HAHNEMANN GUIMARÃES confessa que alimentava dúvidas sobre a vigência do art. 87 do Código do Processo Penal. Não obstante, acompanha afinal o saudoso NÉLSON HUNGRIA, que, na ocasião, concede a ordem: distingue, do foro privilegiado, vedado pela Constituição, o foro especial por prerrogativa de função, *ratione obsequium* a certas funções públicas de maior relevo, que tanto poderia ser instituído por lei ordinária federal, quanto pela Constituição dos Estados. Por isso, o grande tratadista, não só tinha por válido o dispositivo em causa, como lhe dava prevalência sobre a própria norma constitucional de competência do Júri: “Ainda mesmo que se trate de crime doloso contra a vida, prevalece a competência do Tribunal de Justiça, pelo menos nos Estados cujas Constituições assim o dispõem”.

38. Mas a inteligência irrequieta de HUNGRIA, na permanente busca da verdade jurídica, partiria desse voto para chegar, um ano e meio depois, de forma igualmente radical, à posição antagônica (*infra*, § 41).

39. No Recurso de *Habeas Corpus* n. 37.549 (17.8.1960), RTJ 14/63, de que foi relator, colocou-se HUNGRIA na posição intermédia que parece ser, ainda hoje, o entendimento dominante do Supremo Tribunal. Nele, nenhum juiz pôs em pauta a inconstitucionalidade ou a vigência do art. 87 do Código do Processo Penal, para a generalidade dos processos criminais. O voto do relator, com a adesão do Plenário, se limitou a afirmar que o dispositivo da lei ordinária, anteriormente válido, “já não prevalece na sua irrestrição, em face do art. 141, § 28, *in fine*, da atual Constituição Federal”, que estabelecia “obrigatoriamente” a competência do Júri para os crimes dolosos contra a vida.

40. Outro precedente a notar é o *Habeas Corpus* n. 38.050, de 14.12.60, quando já tínhamos a honra de participar do Tribunal. O mesmo promotor gaúcho, a quem se concedera o *Habeas Corpus* n. 36.643 (*supra*, n. 36), para que fosse julgado pelo Tribunal de Justiça, agora pretendia que só o Júri era competente. E de novo a ordem lhe foi deferida, vencido, apenas, o relator, o saudoso ARY FRANCO.

41. Fora a curiosa vacilação do paciente sobre o juízo que mais lhe convinha, o caso seria normal — pois o Tribunal apenas reafirmou a alteração de sua jurisprudência, já testemunhada no Recurso de *Habeas Corpus* n. 37.549 (*supra*, n. 38) — não fosse a circunstância de haver o notável HUNGRIA fundamentado o seu voto em uma nova colocação do problema.

42. Agora, sim, a sua convicção era a da incompatibilidade total entre o art. 87 do Código do Processo Penal e a Constituição do 1946. O fundamento não era mais a competência constitucional do

Júri, mas a proibição do foro privilegiado, que só a própria Constituição poderia ter excetuado, mas não o fez, senão para os juízes de direito, que seriam julgados pelo Tribunal de Justiça, e para os membros deste, que o Supremo Tribunal julgaria.

43. Também votamos pelo deferimento da ordem, mas nosso voto, embora com as imperfeições do pronunciamento oral, deixa claro que nos limitamos ao caso concreto, em que se tratava de homicídio, onde a competência comum do Tribunal do Júri, porque constitucional, só poderia ceder ante foro especial determinado pela própria Constituição, o que não é o caso do promotor de justiça.

44. Daí, a referência, que fizemos, ao fato de o art. 124, n. IX, da Constituição vigente à época cometer ao Tribunal apenas o julgamento dos juízes de inferior instância, nos crimes comuns e de responsabilidade. Das autoridades a que o art. 87 do Código do Processo Penal concede o foro especial dos Tribunais de Justiça, só os juízes de direito têm essa prerrogativa garantida na Constituição. Neste aspecto, parece-nos, está a única relevância dessa diferença quanto ao assento jurídico da matéria, já que os juízes, com prerrogativa fundada na Constituição, poderão elidir também a competência constitucional do Tribunal do Júri.

45. A afirmativa, antecipada, de que até hoje esse é o entendimento dominante no Supremo Tribunal parece comprovar-se com dois casos recentes do Plenário: Recurso Extraordinário n. 74.381 (4.10.1972), relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER, e o Conflito de Jurisdição n. 5.857 (15.3.1973), de que foi relator o eminente Min. LUIZ GALLOTTI. É verdade que ambos os relatores afirmaram a incompatibilidade total do art. 87 do Código do Processo Penal com a Constituição vigente. Mas — sem embargo de terem sido vencedores na conclusão dos julgamentos — o que nos parece é que a discussão do Plenário ficou longe de acompanhar essa fundamentação. Senão vejamos.

46. O Recurso Extraordinário n. 74.381 dizia respeito à competência para julgar Procurador da Justiça por homicídio doloso. O Tribunal de Justiça de São Paulo, perante o qual fora oferecida a denúncia, acolheu exceção de incompetência levantada pelo réu, determinando o julgamento pelo Júri. Recorreu extraordinariamente o Ministério Público Estadual; o Supremo Tribunal conheceu do recurso, por divergência com a tese do mencionado Recurso de *Habeas Corpus* n. 36.643 (*supra*, n. 37), mas lhe negou provimento, vencido apenas, o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. Resta saber qual a razão de decidir.

47. O Min. ANTÔNIO NEDER, relator, realmente abraça o argumento a que se apegara o Min. HUNGRIA, na sua posição final: a proibição do foro privilegiado. Disse, com efeito, o Min. NEDER que, proibido o foro privilegiado pelo art. 153, § 15, da Constituição,

“fora dos casos expressos no texto constitucional, não se tem como cogitar de foro dessa natureza”. Considerando que só ao Procurador-Geral da República, “dentre os órgãos do Ministério Público, é que a Constituição confere foro privilegiado”, concluiu S. Exa. que nem lei ordinária, mesmo federal, e menos ainda a Constituição Estadual, poderia concedê-lo aos outros.

48. Mas dos quatro votos fundamentados, como consta das notas taquigráficas, só o douto Min. NEDER adota essa posição radical. Os três outros, pelo contrário, são expressos na adoção do entendimento que defendemos aqui e pelo qual votávamos, quando Juiz.

49. É verdade que o voto do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE dava provimento ao recurso, para julgar competente o Tribunal de Justiça. Isso, porém, em virtude de um raciocínio peculiar, que fora acolhido pela Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Dr. TORREÃO BRAZ. É que, segundo o parecer e o voto vencido, a competência do Júri teria perdido, a partir da Constituição de 1967, o caráter de privatividade, que lhe emprestaria, no regime de 1946, o advérbio “obrigatoriamente”. Como sempre entendemos que a função desse advérbio, no texto da Constituição ab-rogada, era indicar os crimes dolosos contra a vida como o mínimo de competência material do Júri, não comungamos, com a devida vênia, com o voto do eminente Juiz e douto processualista.

50. Mas o que interessa assinalar, no pronunciamento de S. Exa., é a decidida afirmação da validade da regra de competência originária do Código do Processo Penal, à luz de qualquer dos quatro regimes constitucionais que o diploma legal já atravessou: “...a meu ver — disse o Ministro — o art. 87 do Código do Processo Penal, que nunca foi inconstitucional, que nunca foi derogado, nem mesmo pela Constituição de 1946, mas que era inaplicável, apenas no tocante aos crimes dolosos contra a vida, em virtude do embaraço que o antigo art. 141 da Constituição lhe oferecia, no regime constitucional vigente tem inteira aplicação e validade”.

51. A seguir, o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE toma posição em outra questão correlata, mas reafirma, uma vez mais, que a competência por prerrogativa de função não é matéria em si mesma constitucional, mas processual, regulada por lei ordinária da União. “A Constituição estadual não podia atribuir competência ao Tribunal de Justiça para julgar os membros do Ministério Público, porque estaria legislando sobre Direito Processual, que pertence à competência legislativa exclusiva da União. Mas a norma federal poderá fazê-lo”.

52. Já os eminentes Mins. ELOY DA ROCHA e THOMPSON FLORES posto acompanhando o relator, por discordarem da premissa de não exclusividade da competência do Júri perante a Carta vigente, antes se identificam, no que diz com o objeto deste parecer, com a posição

do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, do que com a do Min. ANTÔNIO NEDER.

53. O Min. THOMPSON FLORES manifestou-se no mesmo sentido das decisões que, há uma década, vem constituindo a jurisprudência do Supremo Tribunal: validade e vigência do art. 87 do Código do Processo Penal, salvo quando em conflito com a norma constitucional de competência geral e privativa do Júri, que, entre todos os membros do Ministério Público, só não incide sobre o Procurador-Geral da República.

54. Prestigiou essa corrente o Pres. ELOY DA ROCHA pondo o fundamento de seu voto exclusivamente na competência constitucional do Júri e não na proibição de foro privilegiado, do qual, *data venia*, a doutrina já distinguiu nitidamente o foro especial por prerrogativa de função.

55. Para findar essa resenha da jurisprudência do Supremo Tribunal, a propósito do tema dessa primeira questão do parecer, resta mencionar o recente Conflito de Jurisdição n. 5.857, de 15.3.1973, alusivo à competência do Juiz de Direito do Estado da Guanabara ou do Tribunal de Justiça do Estado do Rio para julgar exceção da verdade, oposta pelo querelado em quaixa crime movida por um promotor fluminense.

56. O relator, o eminente Min. DJACI FALCÃO deu pela competência do Tribunal de Justiça, e, provocado sobre o tema que nos preocupa, assim se manifestou: “... tenho para mim que o Promotor de Justiça continua gozando de foro especial por prerrogativa de função, salvo nos crimes dolosos contra a vida. Está de pé a regra do art. 87, do Código do Processo Penal.

Na verdade, digo eu, as nossas Constituições, a partir de 1891, vêm proibindo o privilégio em razão da pessoa, mas não a competência por prerrogativa de função”.

57. Deu-lhe apoio o eminente Min. RODRIGUES DE ALCKMIN com duas observações preciosas, que vale transcrever, pois prestigiam anteriores afirmações nossas: “Começo por afastar a expressão que talvez possa conduzir a equívoco, “foro privilegiado”. As fontes normativas da competência, no Processo Penal, no Direito brasileiro, são a Constituição Federal, o Código de Processo e leis federais; e o regimento dos tribunais ou normas de organização judiciária.

Tenho que não é privativo do constituinte estabelecer a competência por prerrogativa de função. Quando estabelece essa competência, é porque quer impor que as leis ordinárias federais não a desconheçam, e, daí, estabelecer essa competência com relação a juízes, desembargadores etc. Mas tenho que não é fonte normativa única, porque se trata de matéria de competência e essa matéria, tradicionalmente, tecnicamente, pertence ao âmbito do Direito Processual”.

58. Ficou vitorioso o voto do Min. LUIZ GALLOTTI, cujo primeiro fundamento adotava literalmente o pronunciamento do Min. ANTÔNIO NEDER anteriormente citado (supra, n. 47). Mas, como ocorreu naquele caso, o apoio da maioria à conclusão do douto Min. GALLOTTI, pela competência do Juiz de Direito, não pode ser interpretado como adesão do Tribunal à tese da invalidade do art. 87 do Código do Processo Penal.

59. Veja-se, por exemplo, o pronunciamento do Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. Após ter acompanhado o voto do relator, Min. DJACI FALCÃO, S. Exa. reconsiderou seu voto para concluir, com o Min. GALLOTTI, pela competência do Juiz de primeira instância. Mas o motivo da sua retificação de voto foi de todo estranho ao fundamento da inconstitucionalidade do foro especial dos órgãos do Ministério Público, contra o qual já vimos que S. Exa. se manifestara enfaticamente, no Recurso Extraordinário n. 74.381; entretanto, no conflito de jurisdição, que versava sobre a competência para o julgamento da exceção da verdade, oposta a quem tinha prerrogativa de função, notou o Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, que o art. 85 só dizia, literalmente, com os que tivessem na Constituição a fonte do foro especial. No caso, o Promotor a possuía, validamente, por força de lei.

60. Também o Min. THOMPSON FLORES — que no Recurso Extraordinário n. 74.381 dissentira expressamente do fundamento do voto do Min. NEDER — mantém sua posição, no caso em exame, mas com outra das razões de decidir do Min. GALLOTTI: a de que o art. 85, do Código do Processo Penal, não incide, quando se trata de difamação, que não envolve imputação de crime ao titular do foro especial.

61. Os demais Ministros se limitaram a acompanhar o Min. GALLOTTI, sem explicitar se o faziam pelo fundamento radical de incompatibilidade do art. 87 do Código do Processo Penal com a Constituição vigente, ou se adotavam, como fez o Min. THOMPSON FLORES, qualquer um dos dois outros argumentos suficientes para a conclusão de S. Exa.: o de tratar-se de difamação e não calúnia, e o de que o crime teria ocorrido fora do Estado, onde o querelante é Promotor.

62. Ora, se considerarmos em conjunto esses dois julgamentos mais recentes do Supremo Tribunal, em que veio à baila o confronto entre o art. 87 do Código do Processo Penal e a Constituição, está corroborada a nossa afirmativa de que nada se alterou, a respeito, na jurisprudência da Alta Corte. A tese que reúne a média da opinião dos seus juizes é, ainda, a mesma a que aderimos em 1960.

63. Somam-se, assim, as razões teóricas, com que iniciamos o parecer, as considerações históricas, com que prosseguimos na análise, e a permanência da tese na orientação contemporânea do Supre-

mo Tribunal, no sentido da resposta afirmativa à primeira indagação em que desdobramos a consulta (supra, § 2, n. I).

VI — Incidência da norma na área da Justiça Federal e sobre todos os órgãos do Ministério Público

64. Válida e vigente a norma do art. 87 do Código do Processo Penal, que defere à competência originária dos Tribunais de Apelação o julgamento de todos os órgãos do Ministério Público, a segunda indagação não oferece maiores dificuldades.

65. Parece óbvio, com efeito, que qualquer ensaio de restringir a prerrogativa de função do foro especial apenas aos crimes de competência da Justiça Estadual, não somente estaria despojado de qualquer apoio na letra do dispositivo em causa, que não dá margem à distinção, como careceria de qualquer significação lógica, histórica ou teleológica. Sob este aspecto, nada há que acrescentar às considerações de JOSÉ FREDERICO MARQUES, no lúcido parecer que o consultante trouxe ao nosso conhecimento.

66. Vale realçar apenas, como notou o ilustrado professor, que não se pode extrair a hipotética restrição do fato de o Código ter atribuído a competência originária, de que nos ocupamos, ao órgão estadual de segunda instância, a que correspondia, na época, a denominação usada de Tribunal de Apelação. O Código do Processo Penal é editado no Estado Novo, quando mais ênfase se dava ao caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, o que, na Carta de 10 de novembro, tinha alcance muito mais objetivo do que retórico.

67. É que, mesmo no sistema nominal do texto outorgado, além de eliminar os Juizes Federais de primeira instância, a Carta de 1937 cindia a competência de segunda instância, nas causas de interesse da União: as cíveis permaneceriam, até a criação do Tribunal Federal de Recursos, com o Supremo Tribunal Federal; as criminais, no entanto, foram acumuladas todas, não só nos juizes dos Estados, mas também nos respectivos Tribunais de Apelação (cf. nossa *Justiça Ordinária Federal*, nota 12, na *Rev. Bras. Est. Políticos*, vol. 34). Em consequência, no regime de 1937, a que se tem de referir a pesquisa histórica do sentido da lei, só em termos orgânico-administrativos — de pouco valor em época de intervenção em todos os Estados — é que se pode ter como locais os Tribunais de Apelação: em termos funcionais, a sua jurisdição criminal ordinária não conhecia a distinção entre crimes de competência local ou federal.

68. Temos, por conseguinte, não somente que vale e vige o art. 87 do Código de Processo Penal, mas também que o foro especial por prerrogativa de função, nele estabelecido, não tem outras limitações materiais ao seu âmbito de incidência, senão as que decorrem da Constituição.

69. Resta indagar se haveria regra ou princípio explícito ou implícito que restringisse o âmbito pessoal de incidência da norma de prerrogativa de foro. Em outras palavras se fazem jus a foro especial todos os órgãos do Ministério Público, local ou federal, da justiça ordinária ou das justiças especializadas.

70. Escusado dizer que a expressão textual do art. 87, à primeira vista, parece repudiar qualquer tentativa de discriminação entre essa ou aquela corporação do Ministério Público.

71. Nem seria razoável sustentar, do cotejo entre a referência genérica a órgãos do Ministério Público *tout court* e às demais autoridades mencionadas no dispositivo legal em foco, todas elas de natureza local, que, implicitamente, o foro especial ali estabelecido se restringiria, igualmente, aos integrantes do *parquet* estadual. O sofisma que assim se montasse seria facilmente destruído.

72. Em primeiro lugar, logo se vê porque: afora os órgãos do Ministério Público, a norma especial de competência do art. 87 não teria como abranger, no âmbito da administração federal, as autoridades correspondentes aos órgãos locais que inclui na prerrogativa de foro.

73. Com efeito, o foro especial dos Governadores ou Interventores e de seus Secretários, estabelecido no art. 87, já correspondia à imitação, no âmbito dos Estados, do modelo federal de competência do Supremo Tribunal para processar e julgar, nos crimes comuns, o Presidente da República e os seus Ministros, modelo, aliás, que, à época do Código, estava amputado, no que dizia com o Chefe do Governo, que a Constituição de 1937 (arts. 87 e 101, n. I, b) tornara penalmente irresponsável, por crimes comuns. O Chefe da Polícia Federal era-o, simultaneamente, do Distrito Federal, o que o investia na prerrogativa do foro do art. 87; entregue à administração local a Polícia da Capital, em 1965, logo cuidou o constituinte de 1967 de incluir o Superintendente da Polícia Federal na competência originária do Tribunal de Recursos. Os juízes federais, por fim, que, em correspondência com a garantia depois estendida à magistratura local, tinham como foro especial o Supremo Tribunal, no regime anterior, haviam sido abolidos pela Carta de 1937.

74. Restavam os órgãos do Ministério Público Federal. No Estado Novo, cingindo-se a competência originária do Supremo Tribunal ao julgamento do Procurador-Geral da República, ou se dava aos demais órgãos do Ministério Público Federal o foro dos Tribunais de Apelação, o que a sua dupla competência penal — federal e local — tornava plenamente razoável, ou se lhes negava a prerrogativa de função indubitavelmente outorgada, no Código do Processo Penal, aos Ministérios Públicos locais. Como isso, entretanto, não seria de presumir, conjugam-se a presunção em contrário

e a generalidade com que o texto da lei alude aos “órgãos do Ministério Público”, para impor uma conclusão: da vigência do Código do Processo Penal até à Constituição de 1946, os membros do Ministério Público da União, já o comum, já os que atuam perante as justiças federais especializadas, seriam julgados, por prerrogativa de função, pelos Tribunais de Apelação.

VII — Casos da competência originária do Tribunal Federal de Recursos

75. Com isso, temos por assentadas as premissas necessárias para cuidar, agora, do objeto principal da consulta: Cabe hoje ao Tribunal Federal de Recursos julgar originariamente Procurador da Justiça do Trabalho — definido em lei como órgão do Ministério Público da União junto à Justiça do Trabalho — denunciado por crime que teria praticado em detrimento da União?

76. Caracterizada a União como sujeito passivo da infração penal atribuída ao Procurador, de logo se exclui a possibilidade de interpretar-se o art. 87 do Código do Processo Penal como autorizando, na espécie, o seu julgamento por Tribunal de Justiça.

77. Com efeito, ao discutir, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, questão suscitada pela oposição entre o foro especial de membro do Ministério Público e a competência material do Júri sobre os crimes dolosos contra a vida, verificamos — salvo uma única exceção entre os precedentes encontrados — que jamais admitiu a Corte que aquele primeiro foro, posto que especial, mas derivado de lei ordinária, pudesse afastar a incidência da regra constitucional de competência geral do Tribunal do Júri.

78. Ora, com o advento da Constituição de 1946, criando o Tribunal Federal de Recursos, é sabido que, na segunda instância, deixaram de se acumular nos mesmos órgãos — os Tribunais de Apelação — as jurisdições penais da União e dos Estados, conforme classificadas nos regimes constitucionais de 1891 e 1934. A dicotomia ressurgiu, com a Constituinte de 1946, posto que os juízes de direito dos Estados continuassem acumulando, na primeira instância, a jurisdição da União com a das unidades federadas.

79. Com o ressurgimento dos juízes federais, por força do Ato Institucional n. 2, de 1965, completa-se o retorno ao sistema dualista, incorporado, nessa parte, à Constituição de 1967 e à Emenda vigente.

80. Desse modo, a totalidade da competência *ratione causae* ou *ratione personae*, reservada constitucionalmente à jurisdição da União, está radicalmente subtraída, em primeira, segunda ou única instância, aos Juízes e Tribunais Estaduais, com as únicas exceções

facultadas pela própria Constituição — Emenda Constitucional n. 1, de 1969, arts. 125, §§ 3.º e 4.º e 126 e Lei n. 5.010, de 1966, art. 15 (cf. nossa *Justiça Ordinária Federal*, cit., ns. 39 e 40). Essas ressalvas, entretanto não só não atingem a jurisdição criminal da magistratura da União, como são limitadas à primeira instância, o que torna inútil considerá-las neste estudo.

81. Excluída, assim, para o caso, a hipótese de continuarem competentes os Tribunais de Justiça, tudo indica o Tribunal Federal de Recursos como o único competente para julgar qualquer órgão dos Ministérios Públicos locais ou federais, se acusados de crime comum, da jurisdição federal, e os últimos, além disso, se a imputação disser respeito a crimes de responsabilidade.

82. Com efeito, tal como os Tribunais de Justiça, também o Tribunal Federal de Recursos, uma vez criado pela Constituição de 1946, sucedeu aos antigos Tribunais de Apelação naquela parcela de competência criminal — cumulada no regime de 1937 — que a União reservou a Corte de segunda instância de sua jurisdição ordinária.

83. No plano da razoabilidade jurídica, de que não se pode alienar o intérprete, dificilmente se conceberia que, ao repartir-se entre os órgãos estaduais e o federal — uns e outro de segunda instância — toda a competência penal ordinária, que estivera acumulada durante o Estado Novo, se devesse cortar ou eliminar, da competência originária por prerrogativa de função definida no art. 87 do Código do Processo Penal, somente a parcela outorgada *ratione materiae* ao Tribunal Federal de Recursos. O natural e lógico será que, a partir da criação do Tribunal Federal de Recursos, a totalidade da área coberta pelo citado art. 87 se tenha por dividida, *ratione materiae*, entre os Tribunais de Justiça e o Tribunal Federal de Recursos.

84. A essa conclusão de lógica cristalina só se conhece uma única objeção de aparente peso: é que toda a competência originária ou de segundo grau, do Tribunal Federal de Recursos, estaria enumerada taxativamente pela Constituição, à qual não se poderia somar uma competência originária criada por lei e não reproduzida na relação constitucional do art. 122.

85. Com a necessária vênia dos que já se manifestaram por esse entendimento, o argumento não resiste a uma análise mais atenta da verdadeira razão pela qual a própria Constituição discriminou a competência do Tribunal Federal de Recursos.

86. Certo há casos em que, na técnica constitucional — e mais freqüentemente, quando se trata de constituições federais — a inscrição, no texto da Lei Fundamental, de um rol de competências atribuídas a uma entidade pública ou a um órgão estatal induz a convicção de se tratar de enumeração taxativa, que norma de gradação subordinada não poderia ampliar.

87. É fácil multiplicar os exemplos: a competência da União (Constituição Federal, art. 8.º); as hipóteses de intervenção federal nos Estados (art. 10); a competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 40) e do Senado Federal (art. 42); as hipóteses de admissibilidade de decretos-leis (art. 55) e as de iniciativa exclusiva de leis pelo Presidente da República (art. 57) etc. Em todos eles, a opinião comum assentou tratar-se de enumerações fechadas, que só por emenda constitucional se poderiam ampliar, ao menos, depois de esgotados os processos hermenêuticos de dedução — quando admissível — de poderes implícitos.

88. Pois bem: a reflexão sobre esse elenco de exemplos conduz necessariamente à verificação de que, para cada um deles, haverá, no contexto mesmo da Constituição, uma outra regra, à luz da qual tudo quanto resta da enumeração constitucional de competências de um ente ou de um órgão cai, *ipso facto*, na competência de outro. É taxativa a lista de poderes da União, porque os poderes remanescentes pertencem aos Estados (art. 13, § 1.º); num sistema bicameral, o suposto é participação de ambas as Casas do Congresso no exercício das competências do Legislativo: daí, *numerus clausus* das atribuições conferidas privativamente a cada uma delas; a elaboração legislativa depende, em princípio, da prévia aprovação do Congresso (art. 43) e o decreto-lei, sendo exceção, não cabe em outras hipóteses que não as constitucionais; a regra é a livre iniciativa das leis (art. 56), donde a iniciativa exclusiva deve ser de direito expresso.

89. Aplicado esse raciocínio ao problema que agora enfrentamos, o que resulta é que nada impõe, na Constituição, que se tenham por exclusivas e inampliáveis as hipóteses nela própria estabelecidas de competência penal originária do Tribunal Federal de Recursos. A conclusão contrária dependeria de que houvesse, na Carta, uma norma que determinasse, como princípio, em termos amplos, observância do duplo grau de jurisdição. Mas essa regra não existe, o que, aliás, não escapou à inteligência percuciente de JOSÉ FREDERICO MARQUES.

90. Com efeito, que uma tal norma não existe, em relação à Justiça dos Estados, parece corolário inequívoco da aceitação tranqüila, pela jurisprudência, da validade e eficácia, sobre o Judiciário local, da competência originária criada por lei ordinária, qual a do art. 87 do Código do Processo Penal.

91. Existiria, porém, especificamente para a Justiça Federal ordinária? Entendemos que não, mas não nos furtamos a suscitar uma possível objeção.

92. O art. 125 da Constituição, ao arrolar a matéria jurisdicional reservada à Justiça Federal, classifica o elenco como competência dos juízes federais para “processar e julgar em primeira

instância". Pode parecer que, incluindo nela os crimes praticados em detrimento da União, só os pudessem julgar os magistrados federais, em primeira instância, cabendo ao Tribunal de Recursos conhecer deles unicamente em grau de recurso: as únicas ressalvas seriam as constantes do art. 122, b, da própria Constituição.

93. Também aqui o raciocínio, habilidoso e aparentemente forte, não suporta análise mais detida. A competência para julgar em primeira instância pressupõe que, *in concreto*, nela é que deve começar o processo. Mas, como nenhuma regra constitucional o impõe, decidir se determinada categoria de causas deve ou não atravessar o duplo grau de jurisdição, é matéria de Direito Processual, confiada ao legislador ordinário: este, assim como pode criar causas de alçada, sem com isso ofender a competência de recurso voluntário dos Tribunais de segunda instância, pode igualmente estabelecer competências originárias destes, sem que se lhe possa opor a competência constitucional dos juízes para julgar em primeira instância.

94. O que é taxativo, no sistema constitucional brasileiro, em relação ao Poder Judiciário, é a distribuição da jurisdição geral do Brasil entre os vários aparelhos judiciários que o compõem. É que, então, sim, vige o princípio da competência *residual* das Justiças ordinárias em relação às Justiças especiais, e entre aquelas, a das estaduais, em relação à federal. Por isso, é em princípio inadmissível a ampliação, por lei ordinária, já da competência da Justiça Federal Ordinária, regra de que o Tribunal Federal de Recursos tem feito rigorosa aplicação (v. nosso *Justiça Ordinária Federal*, cit., § 42).

95. Quando, no entanto, se pretenda transplantar essa norma para a repartição funcional de competência entre os vários órgãos de uma mesma Justiça, incidir-se-á em vício de princípio: a regra vale para a distribuição de competências entre Justiças diversas, porque essa, entre nós, é matéria de Direito Constitucional; mas não vale, quando se trata de distribuição eterna da competência de uma Justiça determinada entre os órgãos que a integram, porque o tema já é de Direito Processual, entregue ao legislador ordinário da União, com as únicas restrições existentes na Constituição. E no tema presente, já procuramos demonstrar que não existe a limitação que pretendem algumas vozes, não obstante autorizadas.

96. Damos, pois, por suficientemente demonstrado que o art. 87 do Código do Processo Penal, lei ordinária vigente que é, pode e deve ser interpretado como incidindo no âmbito da competência do Tribunal Federal de Recursos, ainda que dos termos em que a Constituição a define ou da posição constitucional da Corte, não se pudesse extrair, por construção, o mesmo resultado.

VIII — Ampliação construtiva da competência dos Tribunais Federais

97. Se, entanto, tomarmos os precedentes mais conspícuos da jurisprudência brasileira a respeito da competência originária de tribunais superiores, será fácil evidenciar que, muitas vezes, ontem como hoje, teve o Supremo Tribunal que *construir competências*, quando também seria possível argumentar com o *numerus clausus* da sua discriminação constitucional expressa.

98. CASTRO NUNES (*Poder Judiciário*, cit., págs. 213 e segs.) mostra como várias cláusulas hoje consideradas inseparáveis da imagem do Supremo Tribunal não estavam expressas na Constituição de 1891, mas foram reveladas pela progressiva construção da Alta Corte ou pela aceitação, por esta, da interpretação construtiva do legislador ordinário.

99. Assim é que a competência originária para *habeas corpus*, quando fosse paciente ou coator autoridade diretamente sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal, só se incorporou ao texto constitucional em 1934, sendo omissa a Constituição da Primeira República. Não obstante, estabelecida essa competência, pela Lei n. 221, de 1894, a Corte, que, a princípio, discutiu a constitucionalidade da norma legal, acabou por adotá-la, como revelação de competência implícita nas normas constitucionais expressas (CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 248). Da mesma forma se consolidou a chamada "cláusula de urgência" na jurisdição do *habeas corpus* do Tribunal.

100. Já no tocante à competência originária para conhecer das ações rescisórias de seus acórdãos, também omitida no Estatuto de 1891, o seu reconhecimento passou da jurisprudência à emenda regimental, que a consagrou.

101. Ainda na República Velha, o Tribunal afirmaria a sua competência penal originária sobre os juízes substitutos, e da mesma forma se firmou a de homologar sentenças estrangeiras.

102. Já na vigência da Constituição de 1946, são conhecidas as decisões que, em razão da hierarquia dos órgãos envolvidos não admitir outra solução, construíram a competência originária do Supremo Tribunal para mandados de segurança contra atos do plenário da Câmara dos Deputados e contra decisões do Tribunal de Contas da União (Mandado de Segurança n. 2.278, de 30.12.1953). origem esta da Súmula n. 248.

103. Ora, se a competência originária do Supremo Tribunal Federal, tem sido assim ampliada, por construção, com mais forte razão o mesmo método é idôneo para conduzir a competência constitucional do Tribunal Federal de Recursos ao seu desenvolvimento lógico devido.

104. Com efeito, se há um órgão judiciário cuja competência se pode rigorosamente ter por inampliável pela lei ordinária é o Supremo Tribunal Federal. É que, como de saber comum, é absolutamente singular a sua posição em relação às várias Justças federais ou locais, entre as quais se distribui a jurisdição brasileira, superposto a todas elas, o Supremo Tribunal, em nenhuma se integra, daí a sua freqüente caracterização como “instância de superposição em relação a todas as jurisdições do país” (CASTRO NUNES, ob. cit., pág. 201). Assim, em relação ao Supremo Tribunal realmente se pode dizer que a sua competência é única e taxativamente de origem constitucional, pois, em princípio, só a Constituição pode fixar os limites nos quais é lícito à Corte interferir nas ordens, em princípio, autônomas das várias Justças do País.

105. Isso — já se viu — não ocorre quando se cuida de interpretar, dentro da estrutura de uma mesma Justça, ordinária ou especializada, se uma causa deve caber a um ou outro de seus órgãos judicantes. Daí, a maior flexibilidade com que se hão de admitir as “construções, para evitar absurdos”, na expressão do Min. THOMPSON FLORES, em relação à competência originária dos tribunais de segundo grau, em confronto com os seus órgãos de primeira instância, do que quando se esteja em frente ao círculo fechado da competência do Supremo Tribunal.

106. Não espanta, assim, que, por decisão da alta Corte, se tenha afirmado a competência dos Tribunais Regionais do Trabalho para conhecer, fora do âmbito material de sua competência constitucional (art. 142), de mandado de segurança contra ato administrativo por ele próprio praticado, a respeito de funcionários de sua Secretaria (cf. Supremo Tribunal Federal, Conflito de Jurisdição n. 4.605, de 17.12.1969, rel. Min. BALEEIRO, RTJ 54/455 e Conflito de Jurisdição n. 4.833, rel. Min. BARROS MONTEIRO, RTJ 55/293).

107. De fato. A competência por prerrogativa de função, no caso, está, como o recurso de ofício da concessão de *habeas corpus*, estabelecida expressamente no art. 87 do Código do Processo Penal, norma que o Supremo Tribunal tem por válida e vigente. À luz desse preceito, somente Tribunal de segunda instância pode julgar os titulares da prerrogativa de foro especial ali mencionados, com a única e exclusiva ressalva da competência do Júri. Mas para o caso concreto, em que a acusação é de crime contra a União, hão de excluir-se logo as Cortes Estaduais, às quais falta competência material para conhecer do fato, competência que, tal como a do Júri, a prerrogativa de função não pode afastar, porque também delimitada por norma constitucional.

108. Se, desse modo, a solução jurídica do caso é a de aplicar simultânea e harmoniosamente a lei processual e a norma constitucional que demarca a esfera privativa da Justça Federal, a fór-

mula é uma só: como Tribunal de Apelação, o Federal de Recursos satisfaz à exigência legal de foro especial por prerrogativa de função, a qual, sendo válida, só poderia ser afastada na hipótese de absoluta impossibilidade de ajustá-la à norma constitucional de competência, como se dá com o Júri; sendo a única Corte de segundo grau da Justça Federal ordinária, só o Tribunal Federal de Recursos pode satisfazer, ao mesmo tempo, ao requisito da competência material para julgar o crime de que se trata.

IX — Conclusão

109. Procuramos, neste trabalho, sem preocupações estilísticas, enfrentar cada prisma que nos ocorreu, inclusive todas as objeções que se armaram na dialética da análise. E tranqüilamente, concluímos pela resposta afirmativa à consulta:

— Só o Tribunal Federal de Recursos, em face do Código do Processo Penal, é competente para julgar em única instância, integrante do Ministério Público, acusado da prática de qualquer dos crimes compreendidos no art. 125, n. IV, 2.^a parte, da Constituição vigente.

É o parecer, s. m. j.

Brasília, 29 de agosto de 1973.

COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE MEMBROS DO M.P. ACUSADOS DE CRIMES CONTRA A UNIÃO

JOSÉ FREDERICO MARQUES

1. Consulta-me o ilustre mestre de Direito Penal — Dr. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — a respeito do órgão judiciário competente para processar e julgar crime comum de que seja acusado membro do Ministério Público Federal, se a infração penal a ele atribuída atingir bens ou interesses da União.

Indaga-me, o eminente Jurista se a competência seria do Tribunal Federal de Recursos, ou de Juiz federal de primeira instância, esclarecendo-me, por fim, que, *in casu*, a acusação é dirigida contra Procurador da Justiça do Trabalho de 1.^a categoria.

Passo, pois, a dar o meu parecer.

2. Dispõe o art. 87, do Código do Processo Penal, que “competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação o julgamento dos... órgãos do Ministério Público”.

O texto citado é do tempo da Constituição de 1937, e daí falar em Tribunais de Apelação, *nomen iuris* que então se dava aos órgãos de segundo grau das Jurisdições locais (dos Estados e Distrito Federal), que hoje (desde a Constituição de 1946) trazem a denominação de Tribunais de Justiça.

Mas, justamente por ter sido promulgado quando em vigor a Constituição de 1937, referência não podia ter havido, no texto legal citado, ao Tribunal Federal de Recursos, também àquele tempo inexistente.

Criado, no entanto, o mencionado órgão de segundo grau, pela Constituição de 1946, necessária se tornou uma completa adaptação nos preceitos sobre competência recursal e originária, no Código do Processo Penal.

O que vem disposto, por exemplo, nos arts. 818, 819, 624, n. II, 628, 633, 642, 655, 784, § 2.º e outros, foi adaptado, na prática, para incluir-se o Tribunal Federal de Recursos onde as *verba legis* do texto só mencionam Tribunais de Apelação.

Isto posto, por que não se admitir que o art. 87, do Código do Proc. Penal, sofra igual adaptação?

Dir-se-á que a competência originária, sendo de direito estrito, não permite tal ampliação — raciocínio ou argumento que me parece de todo improcedente e inaceitável.

Quando o preceito legal contém regra específica nem por isso fica proibida a interpretação extensiva, pois o que se veda (e daí a confusão de muitos), nessa hipótese, é apenas a integração analógica. A propósito do assunto, EDUARDO ESPÍNOLA teceu considerações irresponsáveis, demonstrando cabalmente que não há incompatibilidade alguma entre regra especial ou de direito estrito, e interpretação extensiva, inadmitindo aquela, isto sim, alargamento e ampliação pelas vias da analogia (*Questões Jurídicas e Pareceres*, 1925, vol. I, pág. 151).

Tratando do problema, já tive oportunidade de assim abordá-lo em um de meus modestos trabalhos: “A competência de direito estrito, ou competência especial, admite a interpretação extensiva. Consequência a daí tirar-se é a de que existe uma competência implícita, mesmo nos casos de competência especial, que permite atribuir-se a um órgão judiciário especial, matéria ou funções, no exercício da jurisdição, não previstas, de modo expresso, na letra e texto da Constituição” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Observações e Apontamentos sobre a Competência Originária do Supremo Tribunal Federal*, 1961, págs. 29 e 30).

E mais adiante repeti: “Ao lado da competência originária explícita ou expressa, há também casos de competência implícita” (op. cit., pág. 40).

Aliás, bem antes, em outra obra, o mesmo entendimento havia abraçado, dizendo o seguinte: “Ao lado de uma competência funcional explícita desses órgãos de jurisdição superior, existe outra implícita. Tanto isto é exato que o Supremo Tribunal Federal, apesar de sua competência originária *ratione personae*, estar explicitamente delimitada, na Constituição de 1891, aos casos especificados no art. 59, teve oportunidade a ampliar para nela compreender hipóteses ali não previstas” (*Da Competência em Matéria Penal*, 1953, págs. 231 e 232).

E citava, à guisa de exemplo, o caso dos suplentes de Juiz Federal: o Excelso Pretório entendeu que lhe caberia “processar e julgar originariamente os suplentes de Juiz Federal nos crimes de responsabilidade” (ob. cit., pág. 232, e *Rev. do Supremo Tribunal Federal*, vol. XXXVII, pág. 19).

Em magnífico trabalho apresentado no I Congresso Nacional de Direito Judiciário, ao depois reproduzido em parecer que deu como Segundo Procurador da República (parecer datado de 17.4.1937), o preclaro e notável Min. LUIZ GALLOTTI sustentou a existência de competência originária implícita, mostrando, em prol de sua tese, que “o Supremo Tribunal reconheceu sua competência originária em mais de uma hipótese, não prevista expressamente pela Constituição de 1891” (Parecer, in *Arquivo Judiciário*, vol. 42, pág. 222).

O eminente magistrado, Des. ELMANO CRUZ, em valioso trabalho sobre o problema da competência, defende igual tese. E depois de dizer que “admite-se certa ampliação da competência, consoante, aliás, a tradição de nosso direito”, assim se manifesta: “Pode ser mencionado ao propósito, lúcido parecer do eminente Sr. LUIZ GALLOTTI, atual Procurador-Geral da República, do qual se deduz, sem sombra de dúvida, que, ao lado da competência *explícita*, existe uma competência implícita, atribuída ao Supremo Tribunal” (ELMANO CRUZ, *A Competência do Tribunal Federal de Recursos*, in *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 15, 1949, pág. 26).

Ora, a competência do Supremo Tribunal Federal vem traçada toda na Constituição, é de *direito estrito e especial*, com a característica ainda peculiar, de que não se pode ampliar nem reduzir o que na Lei Maior vem preceituado, como bem observou FRANCISCO CAMPOS (*Direito Constitucional*, 1958, vol. II, págs. 348 e segs.).

Isto posto, por que se negar a existência, no art. 87, do Código do Processo Penal, de competência implícita do Tribunal Federal de Recursos, no tocante ao processo e julgamento originário de membros do Ministério Público, quando acusados pela prática de crime contra a União?

Se um membro do Ministério Público (estadual ou federal) atropela com seu carro a um pedestre, ocasionando-lhe lesão leve, de caráter culposo — mobiliza-se o plenário de Tribunal de Justiça para o processo e julgamento de infração penal tão mínima. Mas se o crime atribuído a Promotor ou Procurador, for de maior gravidade e atingir bens ou interesses da União, o julgamento será perante Juiz singular de primeira instância, da Justiça federal.

Bem de ver que há, nesse tratamento desigual, a mais absoluta falta de lógica, de par com situação esdrúxula e absurda, em que o Ministério Público recebe tratamento preferencial, para julgamento originário em Tribunal Superior, em se tratando de infração leve, e não pode ser submetido a órgão de idêntica categoria, se acusado de crime de certa gravidade. Vira-se pelo avesso o de *minima non curat praetor*, para que a segunda instância trate de infrações mais leves, e se torne incompetente naquelas mais graves.

3. Cuidando, já em 1953, da posição do Ministério Público Federal na Justiça Penal, quando algum de seus titulares fosse acusado da prática de crime, assim me externei: "Queremos crer que a competência funcional *ratione personae* é dos Tribunais de Justiça, uma vez que o estatuto processual fala indistintamente em *órgãos do Ministério Público*. Nem se compreenderia que pudesse ser processado um procurador da República perante um Juiz estadual de jurisdição inferior, e não o pudesse perante a Justiça estadual de Superior Instância". E linhas adiante escrevia: "Um esclarecimento, todavia, é mister acrescentar: se o crime for daqueles a que alude o art. 104, n. II, letra a, da Constituição Federal (crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União), desloca-se essa atribuição para o Tribunal Federal de Recursos" (*Da Competência em Matéria Penal*, págs. 232 e 233).

A solução, embora o problema fosse equacionado em outros termos (foro do Ministério Público Federal), é idêntica para o caso desta consulta, tanto mais que o acusado integra o *parquet* federal. Mas seria o mesmo, ainda quando se tratasse de infração penal contra a União, cometida por pessoa pertencente a Ministério Público estadual.

E isto porque o art. 87, do Código do Processo Penal, não distingue entre *parquet* federal e *parquet* dos Estados, falando, como fala, de modo único e genérico, em "órgãos do Ministério Público". Por outro lado, não existindo, ao tempo da promulgação do Código do Processo Penal, outros órgãos de segundo grau da jurisdição penal comum senão os Tribunais de Apelação, tem de ser entendido, interpretado e aplicado o citado art. 87, como se ali estivesse dito que competirá originariamente, aos Tribunais de segunda instância o julgamento dos órgãos do Ministério Público. Assim sendo, se o crime não atingir bens da União, ou por outro título couber às Justiças locais processá-lo e julgá-lo, essa competência será de Tribunal estadual ou do Distrito Federal; em caso contrário, do Tribunal Federal de Recursos.

4. Na competência hierárquica *ratione personae*, não há foro privilegiado, e sim, competência destinada a "melhor amparar o exercício de certas funções públicas" (*Rev. de Direito Administrativo*, vol. 12, pág. 71). Ela existe, "*no en atención a la persona en sí, sino al cargo o función que desempeñe*". ALCALÁ-ZAMORA e R. LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, 1945, vol. I, pág. 222).

Razão não há, portanto, para que se não estenda a regra do art. 87, do Código do Processo Penal, e que, em consequência, nos crimes da competência de Justiça federal, funcione o Tribunal Federal de Recursos, como instância originária *ratione personae*.

Nada existe de odioso, nem se registra ampliação indevida de privilégio, nesse entendimento do texto legal. Muito ao contrário —

ele se harmoniza com a *ratio essendi* do preceito e traduz a sua adaptação a questões supervenientes, que, se existissem ao ser promulgado o Código do Processo Penal, teriam levado o legislador a redigir de outro modo o referido preceito, imprimindo-lhe explicitamente a extensão normativa que agora tem apenas implicitamente.

Por que não admitir-se a competência originária nos crimes contra a União, ou em outros crimes federais? Não é pela gravidade do ilícito penal, porquanto aí é que a função, que se procurou amparar com a competência hierárquica, mais necessidade teria de tutela.

Tampouco o seria em função da lesividade do ato penalmente ilícito, que afeta bens e interesses da União, visto que outros crimes federais existem em que esta não é o sujeito passivo, e que, no entanto, as justiças locais não podem julgar.

Se a bordo de navio ou aeronave, um Promotor de Justiça alterar-se com outro passageiro, entrar em luta com este e feri-lo, esse crime de lesão corporal seria julgado pela Justiça Federal, ante o disposto no art. 125, n. IV, da Constituição da República. E que lesividade tão intensa nele se registra, para impedir o julgamento originário pelo Tribunal Federal de Recursos?

Na hipótese de haver cometido, esse mesmo Promotor, em terra firme, crime de lesão corporal grave, ou homicídio preterintencional (Código Penal, art. 129, § 3.º), o julgamento caberia, originariamente, a Tribunal de segunda instância da Justiça estadual. Todavia, o ferimento leve praticado em navio ou aeronave, por ser crime federal, teria de ser processado e julgado perante o órgão de primeira instância. Onde a coerência lógica em tudo isso?

Cumprir repetir, reiterando e repisando, que o art. 87, do Código do Processo Penal, não fez menção ou referência ao Tribunal Federal de Recursos, porque este, àquele tempo, ainda não existia em nossas instituições judiciárias. Razão não há para suprimir-se a competência originária em crimes federais, uma vez que a tutela à função que inspira os casos de competência hierárquica, deve recair sobre qualquer acusação de prática de infração do Direito Penal comum.

5. Dir-se-á que a competência originária constitui matéria constitucional, não podendo a lei ordinária, por isso ampliá-la ou dilatá-la.

Esse argumento, porém, não possui a menor consistência jurídica.

As Constituições republicanas (ao contrário do que sucedia com a Constituição do Império), em nenhuma regra ou preceito, inscreveram o duplo grau de jurisdição, como norma constitucional. Por isso mesmo, se em alguns textos prevê a Constituição casos de competência originária de tribunais superiores, assim o fez para impedir que de outro modo dispusesse o legislador ordinário. Nem há motivo para descobrir-se outra *ratio essendi* e tirar-se daí, como

corolário, a afirmativa de que a Lei Maior, com seus preceitos, exaure os casos de competência originária, estabelecendo aí autêntico *numerus clausus*.

Fácil a explicação da origem desse argumento tão sem lastro e tão desprovido de bases doutrinárias.

Ao tempo da Constituição de 1891, não havia outro tribunal, na esfera da jurisdição federal, a não ser o Supremo Tribunal Federal, cuja competência (originária ou recursal) é sempre de direito estrito, por tratar-se de um órgão judiciário especial, ou de atribuições específicas. Claro que, nessas circunstâncias, o legislador federal estava impedido de criar novas hipóteses de competência originária, não porém em razão da natureza desta, e sim, em virtude de se tratar do Supremo Tribunal Federal. E nos Estados tudo correria conforme o que estivesse previsto em suas respectivas Constituições e leis ordinárias, uma vez que a eles cabia legislar sobre matéria processual.

Nada há, portanto, que autorize a afirmar-se que competência originária seja matéria de natureza constitucional. O assunto é da órbita normativa do Direito Processual, só entrando na Constituição, em um ou outro caso, para tolher-se o legislador ordinário.

Aliás, na hipótese agora focalizada o argumento, por provar muito, provaria demais. Se ele valesse e tivesse consistência, razoabilidade e procedência, o art. 87, do Código do Processo Penal, seria totalmente inconstitucional. E ao que parece, não houve, até hoje, pronunciamento nesse sentido. Ainda há pouco, discutiu o Excelso Pretório, se Promotor, que comete homicídio, deve ser julgado pelo Tribunal de Justiça (em face do art. 87 do Código do Processo Penal) ou pelo Júri (ante a garantia constitucional do art. 153, § 18); e embora acabasse admitida a competência do Júri, nem por isso, para assim decidir, lembrou algum Ministro de considerar inconstitucional a competência originária prevista no art. 87, do Código do Processo Penal. O que se entendeu, no julgamento aludido, foi que prevalecia a competência do Júri, por prevista na Constituição, não se aplicando, portanto, no caso, o citado art. 87, por ser preceito de lei ordinária.

Já se procurou fundamentar a natureza constitucional da competência originária, no disposto no art. 122, parágrafo único, que assim estatui: "A lei poderá estabelecer a competência originária dos Tribunais Federais de Recursos para a anulação de atos administrativos de natureza tributária".

O raciocínio que então se formula, é o de que não haveria necessidade do preceito transcrito, se a competência originária pudesse ir além dos casos previstos constitucionalmente.

Não se atentou, porém, para o seguinte: a norma transcrita não passa de regra programática ou recomendação do legislador constitucional, a fim de simplificar-se o processo tributário. Longe está, portanto, de ser preceito lançado para possibilitar, de futuro, esse caso de competência originária ante a inadmissibilidade de criá-la a lei ordinária.

Como se entendeu louvável a simplificação prevista para o processo tributário, a regra constitucional fez, sob a forma de autorização prévia, recomendação nesse sentido. Não quis impô-la o legislador constitucional; mas também pretendeu mostrar a vantagem da medida. Daí programá-la expressamente no texto do art. 122, parágrafo único.

6. Um último e decisivo argumento será agora lembrado, para mostrar que o art. 87, do Código do Processo Penal, se estende aos crimes federais.

A Constituição de 1937 aboliu a Justiça Federal comum, passando para os Judiciários locais a competência que a esta pertencia, com a ressalva única de que cabia ao Supremo Tribunal Federal julgar "em recurso ordinário" as causas em que a União fosse interessada como autora ou ré, assistente ou oponente (art. 101, n. II, letra a). Dizia, por isso, seu art. 107: "Excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais serão da competência da Justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios".

Desses textos se infere que os crimes contra a União, quando em vigor a Constituição de 1937, eram processados e julgados pelos Juizes e tribunais estaduais; e em face do art. 87, do Código do Processo Penal, nos Tribunais de Justiça, originariamente, os crimes dessa espécie cometidos por órgãos do Ministério Público. Portanto, ao entrar em vigor a Constituição de 1946, os membros do Ministério Público continuaram com foro privilegiado para os referidos crimes. Todavia, a competência originária passou para o Tribunal Federal de Recursos, uma vez que os Tribunais de Justiça perderam suas atribuições em relação a crime contra a União, diante do disposto no art. 104, n. II, letra a, da Constituição Federal de 1946. E essa competência originária se prolongou após a criação da Justiça Federal, com o Ato Institucional n. 2, e sua manutenção pelas Constituições de 1967 e 1969, uma vez que não se revogou o art. 87, do Código do Processo Penal.

7. O art. 87, do Código do Processo Penal, quando este foi promulgado, determinou que os órgãos do Ministério Público fossem processados e julgados, originariamente, perante tribunal de segundo grau, em todos os crimes comuns, inclusive aqueles cometidos contra bens e interesses da União.

Esse artigo não foi revogado, e tampouco declarado inconstitucional. Isto significa que continua de pé a referida competência originária dos tribunais de segundo grau. Não a extinguiu a Constituição de 1946, quando criou o Tribunal Federal de Recursos, dando-lhe competência para os casos de crimes federais ou contra a União. Diante disso, a conclusão a tirar-se é a de que a regra de competência funcional hierárquica continua em vigor, alterando-se apenas aquela *ratione materiae*: nos crimes federais, em lugar dos Tribunais de Justiça, o Tribunal Federal de Recursos é que deverá funcionar, originariamente, para o processo e julgamento dos órgãos do Ministério Público.

Essa a distinção que precisa ser feita, no terreno da competência, para acertada e perfeita aplicação da lei processual.

O Código do Processo Penal, no art. 87, fixou regra de competência funcional, pois como ensina LIEBMAN, a competência originária ou hierárquica é caso de competência funcional (nota in *Instituições de Direito Processual Civil*, de CHIOVENDA, trad. portuguesa, 1943, vol. II, pág. 267). Na Constituição de 1946, o Tribunal Federal de Recursos passou a julgar os recursos em causas relativas a crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União (art. 104, n. II, letra a), pelo que, implicitamente, lhe foi atribuída competência originária, quando esta coubesse, para crimes da mesma espécie. A competência *ratione materiae* (crime federal) que lhe foi dada em procedimento recursal, implicitamente lhe foi conferida em processo ali instaurado originariamente. Irrelevante o silêncio da Constituição, uma vez que competência funcional hierárquica é assunto regulado, normalmente, em lei ordinária.

Diante do exposto, dúvida alguma tenho em agora reafirmar o que já escrevi em livros: compete, originariamente, ao Tribunal Federal de Recursos, processar e julgar os órgãos do Ministério Público, em crimes da esfera de atribuições da Justiça Federal comum.

É o meu parecer.

São Paulo, 20 de julho de 1973.

COMENTARIOS E COMUNICAÇÕES

A APELAÇÃO CRIMINAL "EX OFFICIO" E A NOVA LEI SOBRE ENTORPECENTES

EVANDRO LINS E SILVA

1. O comando constitucional impõe: "a instrução criminal será contraditória". A contrariedade pressupõe a existência de *partes*, às quais incumbem a iniciativa e o patrocínio dos interesses que representam. As provas são produzidas sob a direção do juiz, mas este nunca é parte, mesmo quando a lei lhe confere o direito de intervir na atividade processual, inclusive para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Essa liberdade de ação do juiz, durante a instrução e antes de proferir a sentença, destina-se a facilitar-lhe o uso de *livre convencimento*. A exposição de motivos ao Código do Processo Penal, no trecho em que cuida das provas, assinala precisamente isso, ou seja, que o juiz, na sua apreciação, "formará honesta e lealmente, a sua convicção", "sem as restrições estabelecidas pela lei civil."

Note-se bem, que segundo o expositor dos motivos do Código, "enquanto não estiver averiguada a matéria de acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz

não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*".

Ao mesmo tempo em que confere ao juiz essa lata faculdade de colheita de provas *complementares* ou *supletivas*, o Código veda-lhe, terminantemente, qualquer atividade que diga respeito à própria ação penal, e, conseqüentemente, ao seu prosseguimento, com a instauração de uma nova instância, *na via da apelação*. Leia-se: "O projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, que ditado pela evolução do Direito Judiciário Penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal (Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal, do Min. FRANCISCO CAMPOS).

Aí está mais do que claro: para não ferir o princípio constitucional da contrariedade, a lei processual não pode permitir recurso *ex officio* nos casos em que caiba *apelação* da parte. Elaborado em fase ditatorial, o Código do Processo Penal foi obra de juristas

de escol, aos quais repugnavam a participação do juiz no processo, fosse na sua propositura, fosse para um forçado e obrigatório reexame de sua decisão.

2. ESPÍNOLA FILHO, o lúcido comentador de nosso estatuto processual, observa com a acuidade costumeira: "Somente em se tratando de recurso estrito, há exceções à regra de que o recurso é voluntário, deixado ao arbítrio das partes; de fato o art. 574 focaliza duas situações em que a respectiva interposição é imposta, em caráter obrigatório, ao juiz prolator da sentença. Mas esse recurso *ex officio* é sempre o *stricto sensu*, como se verifica comparando o art. 574, n. 1. com o art. 581, n. 4, e o art. 574, n. 2, com o art. 581, n. 6" (*Código de Processo Penal Anotado*, 1943, vol. V, pág. 359).

Nos casos de apelação é inadmissível o recurso *ex officio* porque fere princípios assegurados na Constituição, especialmente o do *contraditório*. O réu passaria a ter dois adversários quando a sentença lhe fosse favorável: o juiz e o promotor. Depois, o princípio da equidade estaria também vulnerado: por que não haver recurso obrigatório em caso de condenação?

3. O problema dos recursos acha-se ligado ao princípio do duplo grau de jurisdição e tem como pressuposto a sucumbência (J. FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, págs. 186 e 191). Juiz, evidentemente, não sucumbe, decide.

Deve ficar ao critério do Ministério Público e de seus assistentes a apelação de decisões que lhes sejam contrárias. Os autores registram e profligam

os abusos das apelações do Ministério Público, tendendo "a transformar, em obrigatórios, na prática, recursos que a lei fez facultativos ou voluntários" (CÂMARA LEAL, *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. IV, 1943, pág. 32). ESPÍNOLA FILHO também condena essa orientação facciosa de promotores que recorrem sistematicamente das sentenças quando absolutórias (op. cit., pág. 358).

4. Vejamos porque, em dois casos especialíssimos de recurso *stricto sensu*, o Código do Processo Penal obrigou o juiz a submeter a sua decisão à instância superior. As duas exceções tiveram por mira velar pelos princípios gerais que informam a própria legislação penal adjetiva. Dá-se o recurso *ex officio*, segundo o art. 574 do Código do Processo Penal, da sentença: a) que conceder *habeas corpus*; b) que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

Quanto ao primeiro recurso, a Exposição de Motivos explica, de modo convincente, que, nos *habeas corpus*, se não houvesse o recurso *ex officio*, o juiz de primeira instância se tornaria *instância única*, porque, nesse remédio constitucional, não intervinha o Ministério Público, que, por isso, não era *parte* e portanto, não podia recorrer da decisão concessiva da medida. "É facilmente imaginável o desconchavo que daí poderia resultar. Sabe-se que um dos casos taxativos de *habeas corpus* é o de não constituir infração penal o fato que motiva o constrangimento à liberdade de ir e vir. E não se poderia conjurar, na prática a seguinte situação aberrante: o juiz inferior, errada ou injustamente, reconhece pe-

nalmente lícito o fato imputado ao paciente, e, em consequência, não somente será este posto em liberdade, como também impedido o prosseguimento da ação penal, sem o pronunciamento da segunda instância."

Nada mais claro nem mais correto. Manteve-se o duplo grau de jurisdição, e isto só era possível através desse recurso *ex officio*, uma vez que não havia *parte* para recorrer. Era uma justificada exceção à regra geral. Ainda assim, inúmeras decisões, após a Constituição de 1946, não admitiram esse recurso de ofício.

5. Ao expositor dos motivos, como assinala ESPÍNOLA FILHO (ob. cit. pág. 395), não pareceu "preciso deter-se sobre a manutenção do segundo caso", isto é, do caso em que o juiz, em processo da competência do júri, chamado a decidir sobre a pronúncia do réu, o absolve, desde logo, por se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1.º, do Código Penal).

É compreensível, nessa hipótese, uma revisão obrigatória de segundo grau, pela simples razão de que o juiz não tem, normalmente, competência para julgar o processo. Essa competência é do Tribunal do Júri. Há quem sustente que o juiz não pode, mesmo quando considere provada uma justificativa ou uma dirimente, usurpar a competência dos jurados, proferindo decisão absolutória liminar. Segundo esses exegetas, ao juiz só cabe encaminhar o processo ao júri, e esse ponto-de-vista encontrava maior substância quando a Constituição dava ao Tribunal Popular competência privativa e soberana

para julgar os crimes dolosos contra a vida.

De qualquer forma os autos não se encontram, no caso do art. 411 do Código do Processo Penal, na fase derradeira do julgamento e, sim na fase da pronúncia, decisão interlocutória (despacho ou sentença?) que adquire a força de uma decisão definitiva, contra a regra geral, que é a remessa do processo a julgamento pelo júri. A competência do júri não pode e não deve ser suprimida pela opinião isolada de um juiz, na ocasião da pronúncia, ainda mais porque, depois desta, antes e durante o julgamento, diante dos jurados, novas provas poderão ser produzidas. Justo, pois, que haja um reexame da absolvição, no caso *excepcional do júri*; cuja competência não deve sofrer usurpação.

O certo é que nos dois casos — *habeas corpus* e processo da competência do júri — a lei prevê recurso *stricto sensu*, como já acentuamos. E se trata de duas situações especialíssimas.

6. Nunca se imaginou, por ser contrário ao nosso sistema constitucional e processual, que pudesse haver apelação *ex officio* de sentença absolutória. Surgiu, porém, uma norma extravagante na legislação, no art. 7.º, da Lei n. 1.521, de 26.12.1951 (Lei de Economia Popular), dispondo que "os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial".

Essa apelação *necessária* é uma excrescência que há de ser expurgada pela jurisprudência, adotados princípios de hermenêutica elementares. Veja-se a

que incongruências o intérprete seria levado se aplicasse a parte final do citado art. 7.º da Lei n. 1.521. Imagine-se que o Ministério Público requeresse o arquivamento dos autos e o Juiz, cumprindo a regra do art. 28 do Código do Processo Penal, remetesse o inquérito ao Procurador-Geral, e este insistisse no pedido de arquivamento. Como é óbvio, o Juiz não tinha outra solução senão determinar o arquivamento. O recurso *ex officio*, nessa hipótese, não seria apenas inócuo, seria um contrasenso. Pois a lei, tal como está redigida, *obriga* a interposição desse recurso. A norma é esdrúxula sob todos os aspectos, como se começa a ver. Gastar-se-ia o tempo e a seriedade da Justiça fazendo submeter à segunda instância o julgamento de um recurso inteiramente sem objeto, pela impossibilidade de ter início a ação penal. Que aconteceria se a segunda instância entendessem de reformar o despacho de arquivamento? Nada, a não ser a criação de um conflito entre o Tribunal e o Ministério Público, com desprestígio para ambos e sem vantagem alguma para os interesses da Justiça.

Esse é apenas um exemplo de que o texto foi redigido por pena rombuda e ignorante de preceitos que o invalidavam e que com ele estavam em absoluta contradição.

Dir-se-á que na hipótese formulada, a segunda instância estaria compelida, de antemão, a manter o arquivamento, tendo em vista o art. 28 do Código do Processo Penal. Então o recurso era uma superfetação, atentando até contra a majestade dos julgadores de grau superior, que ficariam sem independência para *julgar*, transformando-se em meros homologadores da decisão de primeira instância, *mesmo que com ela*

não estivessem de acordo. Os tribunais saberão repelir esse despropósito e não se submeterão a esse ingrato papel de carimbar confirmações sem que lhes seja permitido cumprir com liberdade o seu dever, que é *julgar*.

Não se argumente que só os casos de deferimento do pedido de arquivamento, sem prévia audiência do Procurador-Geral, é que estariam sujeitos ao recurso *ex officio*. A lei não distingue. Ainda que assim o fosse, o Tribunal, nesses casos, se reformasse o decreto de arquivamento, estaria limitado a mandar que os autos fossem ao Procurador-Geral. E se este mantivesse o pedido de arquivamento? Não ficaria bem para a Justiça que uma sua decisão de segunda instância ficasse sujeita a reexame do Ministério Público. Assim nos parece. A reforma do despacho estaria, depois, sob o julgamento (!!!) do Procurador-Geral, que poderia entender que o arquivamento fora justamente solicitado e deferido. À majestade do judiciário — repetimos — não ficaria bem essa sujeição. O legislador do citado art. 7.º não meditou quando envolveu numa desconfiança generalizada os magistrados que julgam todos os crimes, com o mesmo critério de isenção e de imparcialidade.

A apelação *ex officio* é, em si mesma, uma contradição com a própria natureza desse meio de impugnação às decisões de primeira instância. Como ensina MAGALHÃES NORONHA “só pode usar da apelação quem tiver *interesse*” (*Curso de Direito Processual Penal*, 2.ª ed., 1966, págs. 477 e 481). Juiz não tem interesse e, por isso, não pode apelar, assim como não pode *denunciar*.

7. Na época em que essa Lei n. 1.521 estava em tramitação no Con-

gresso, chamamos a atenção para o seu caráter demagógico na parte em que submetia a um Júri especial os crimes definidos no seu art. 2.º. A prática veio mostrar que tínhamos razão. Se a decisão fosse do Júri não cabia apelação *ex officio* (art. 30); se fosse do juiz o recurso *ex officio* era obrigatório (art. 23, n. V, e art. 7.º).

8. O direito italiano, fonte mais próxima do nosso não admite recurso *ex officio*. O mestre EUGÊNIO FLORIAN ensina, com a clareza de sempre: “Podem interpor recursos todos os sujeitos processuais, à exceção, naturalmente, do Juiz (*Derecho Procesal Penal*, trad. esp., 1943 pág. 423).

Por que isso? Porque no direito positivo italiano, como no nosso, “domina o princípio acusatório; o inquisitório foi excluído” (ob. cit., pág. 433).

Os autores mais modernos seguem a lição do professor da Universidade de Turim. Em monografia bem recente sobre o tema, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, MICHELE MASSA adverte que para ver qual seja a posição do Ministério Público e do acusado na apelação “antes que tudo não se deve esquecer que sem a iniciativa de pelo menos um destes sujeitos o processo se exaure com a sentença de primeiro grau” (ed. 1969, págs. 55 e 56).

É que se parte da presunção de verdade da decisão do juiz, presunção *juris tantum*, que deixa aberta a porta quando uma das partes que iria apelar. O monografista anota que a apelação é uma *iniciativa*, expressão preferível a *impulso*, do ponto-de-vista técnico. E invoca a opinião de ALLORIO (*Problemi del Diritto*, vol. I, 1957, pág. 535) e de

PISANI (*Il divieto della reformatio in pejus*, pág. 18) para demonstrar que “há uma substancial identidade entre o exercício da ação e da apelação” (pág. 56).

Realmente, uma está ligada intimamente à outra, ou, como diz PISANI, aquilo que continua o ato inicial do procedimento “instaura de novo a pendência” (pág. 56).

Razões inúmeras evidenciam que a apelação, no processo acusatório, depende da iniciativa da parte. Até o princípio da economia processual desaconselha o recurso *ex officio*. Para que a segunda instância se pronuncie é indispensável, ao menos, a *alegação de um erro* da sentença de primeiro grau. Se quando há apelação da parte, predomina a regra da proibição da *reformatio in pejus*, com muito maior razão não se pode admitir recurso *sem limites*, restaurando, refazendo e renovando uma instância já ultrapassada. A apelação tem os limites estabelecidos pelas partes. Aqui o recurso é ilimitado. A segunda instância transmuda-se e julga o processo inteiro outra vez. Para que primeira instância se a decisão jamais pode ser definitiva?

O recurso *ex officio* é uma reminiscência do sistema inquisitivo das velhas Ordenações do Reino. O Juiz há de manter a sua posição de imparcialidade e de isenção, sem tomar partido de qualquer espécie. JOSÉ FREDERICO MARQUES, com a autoridade de processualista eminentíssimo, sustenta o que estamos sustentando: “O Juiz penal de hoje não persegue, não acusa, não pune e não castiga. A sua missão é a de *julgar*, e a de aplicar a lei segundo os ditames da Justiça” (*Estudos de Direito Processual Penal*, 1960, pág. 200).

E lembra a lição de CALAMANDREI: "Se hoje disserem que algum Juiz pôs-se em diligência, *ex officio*, com o fim de descobrir ilícitos para processar os respectivos autores, nós nos sentiríamos levados a considerar esse magistrado, não como um herói da justiça e, sim, como um monomaniaco perigoso, do tipo do Dom Quixote ou do legendário sapateiro de Messina" (ob. e loc. cit.).

Que o recurso *ex officio* é um resquício de fase há muito superada no Direito Processual, diz-nos a autoridade de ALFREDO BUZAI, lembrando o ensinamento de JOÃO MONTEIRO, que crismou tal recurso de *extravagância judiciária*.

Em excelente monografia, BUZAI, escrevendo precisamente sobre a apelação de ofício, ressaltou: "nem histórica nem cientificamente se justifica sua manutenção no sistema do Direito Processual vigente" (*Da Apelação ex officio*, 1951, pág. 58).

Vê-se, pois que esse é o pensamento, também dos nossos mais autorizados processualistas.

De passagem, lembraremos, ainda, que SOUZA NETO, no seu livro *Júri de Economia Popular* (1952), assinalando contradições da Lei n. 1.521, nesse malsinado art. 7.º, chega a sustentar que nos casos de arquivamento autorizados pelo Procurador-Geral, "o juiz está dispensado do recurso de ofício" (pág. 139).

9. Já vimos que a Lei n. 1.521 enxertou um dispositivo excrescente, extravagante, esdrúxulo, que contraria princípios constitucionais vigentes e o próprio ordenamento processual. Apelação criminal *ex officio* é um recurso

juridicamente intolerável, em face dos preceitos da Constituição e das regras básicas de nossa legislação processual.

Veja-se o recente Código de Processo Penal Militar, de 21.10.1969, e leia-se o capítulo relativo aos recursos. Lá está escrito, com todas as letras, nos arts. 510 e 511 que das decisões dos Conselhos de Justiça e dos Auditores somente *as partes* poderão interpor recurso em sentido estrito ou apelação, e essas partes são o Ministério Público, o réu, seu procurador, ou defensor. Não há recurso *ex officio*.

O legislador militar respeitou a Constituição e seguiu os princípios gerais do Direito Processual. Como admitir apelação *ex officio* em face do direito comum? Esse art. 7.º precisa ser expungido da legislação como corpo estranho. É um clandestino a bordo da nau processual e precisa ser expulso. Certamente o será pela Justiça como intérprete fiel da Constituição e das leis do país.

Nem mesmo a Lei de Segurança Nacional, editada em momento de grave crise institucional submeteu os juízes à *capitis diminutio* de apelações *ex officio* de suas próprias decisões. Criou, contra conceitos tradicionais e para certos tipos de infração, um recurso obrigatório para o Ministério Público. Mas recurso *da parte* e não *do juiz*. A jurisprudência tem sabido temperar o conhecimento desse recurso *compulsório*, não o admitindo ou rejeitando-o quando o Ministério Público o interpõe sem pedir a reforma do julgado. Se a parte *perde* o prazo, a apelação não é conhecida. Isso aconteceu, por exemplo, no caso famoso do jornalista ANTÔNIO CALADO. O Ministério Público interpôs o recurso obrigatório intempestivamen-

te. A instância superior dele não conheceu e essa decisão foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Apelação, portanto, só pode ser interposta pelas partes, nunca pelos juízes.

10. Analisemos agora o caso específico dos delitos de tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, hoje reprimidos de acordo com a Lei n. 5.726, de 29.10.1971.

Essa lei regula *inteiramente* a repressão aos crimes, previstos no art. 281 do Código Penal, disposição que por ela passou a ter nova redação. Mas não foi só a parte substantiva que se alterou: a parte adjetiva está *totalmente* contida na nova lei, que é extremamente rigorosa, visando à extirpação do comércio e do vício dos entorpecentes.

O princípio geral está na Lei de Introdução ao Código Civil: a lei nova revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2.º, § 1.º).

O legislador, rigoroso na quantidade da pena e na celeridade do processo, não incluiu norma alguma, estabelecendo recurso *ex officio* das decisões de primeira instância. Não manteve, portanto, no que toca a entorpecentes, o absurdo e inconstitucional dispositivo que tornava obrigatório o recurso por parte do próprio juiz. O grande e saudoso GALDINO SIQUEIRA acentuava: "As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atua-

lidades das garantias constitucionais" (*Curso Proc. Criminal*, 2.ª ed., pág. 2).

Exato. As formalidades processuais decorrem das garantias constitucionais. Não precisa estar escrito na Constituição — juiz julga, juiz não é parte, juiz não apela. Os princípios adotados na Lei Magna são esses, a começar pelo contraditório processual, pela igualdade de todos perante a lei, por tudo o que está explícito ou implícito nas garantias individuais.

Agora, o legislador teve a melhor oportunidade para manter ou deixar de manter aquele excrescente art. 7.º da Lei n. 1.521. Não manteve. Regulei integralmente o processo dos crimes de entorpecentes, dando-lhe um rito especial em caso de flagrante e o rito sumário se não houver flagrância. Mas não falou em recurso *ex officio*. As regras do recurso são aquelas do Código do Processo Penal, dentre as quais não se encontra o recurso de ofício para este ou aquele tipo de crime. Por que não haver recurso obrigatório para o peculato, para a extorsão, para a concussão, para o estupro? Por que esse discriminatório recurso encaixado numa lei mal feita e de duvidosa eficácia na repressão aos delitos contra a economia popular?

Com a Lei n. 5.726, de 29.10.1971, desapareceu o esdrúxulo recurso de ofício para os delitos de tráfico e uso de entorpecentes.

O art. 7.º da Lei n. 1.521, de 26.12.1951, além de inconstitucional, de contraditório com as regras gerais do processo penal, foi revogado pela Lei n. 5.726, de 29.10.1971.

RESENHA BIBLIOGRAFICA

First Special Report to the US Congress on Alcohol and Health, US Dept. of Health, Education and Welfare, 1971, 121 págs.

A publicação feita pelo Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos Estados Unidos, apresenta o excelente relatório preliminar da pesquisa realizada pelo Instituto Nacional sobre Abuso do Álcool e Alcoolismo. Tal instituto foi criado pela lei federal de 1970 (*Comprehensive Alcohol Abuse and Alcoholism Prevention, Treatment and Rehabilitation Act*), como instrumento de estudo do grave problema do alcoolismo nos Estados Unidos.

O relatório divulgado reúne grande cópia de informações sobre a matéria, procurando analisar os problemas humanos relacionados com o uso e o abuso do álcool.

Encontramos neste volume, com ampla indicação bibliográfica, estudo e levantamento sobre o álcool e seu consumo nos Estados Unidos; características pessoais dos que usam e abusam do álcool; efeitos do álcool sobre o sistema nervoso central; doenças relacionadas com o álcool; teorias sobre as causas do alcoolismo; tratamento; situação legal da intoxicação e do alcoolismo.

O volume inclui também o projeto de lei uniforme sobre tratamento do alcoolismo e intoxicação, elaborada em 1971 pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, em conjunto com a comissão da American Bar Association, a American Medical Association e o Fundo de Pesquisa para Projetos Legislativos da Universidade de Colúmbia.

O relatório proporciona ampla informação atual sobre o álcool e os problemas que com ele se relacionam, salientando alguns dados alarmantes. O alcoolismo está em ascensão nos Estados Unidos. Estimativamente, 7% da população adulta do país apresenta comportamento que indica abuso do álcool e alcoolismo, admitindo-se que a cifra esteja na casa dos 9 milhões de homens e mulheres.

O álcool é fator importante nas mortes devidas a acidentes nas rodovias, causando 28.000 vítimas por ano. A incidência de tais acidentes é maior entre os motoristas jovens, de 16 a 24 anos.

Entre os índios americanos, o alcoolismo é endêmico, atingindo em algumas reservas a taxas que vão de 25 a 50%.

O relatório parte do reconhecimento de que o alcoolismo não é crime, mas sim moléstia ou doença que exige reabilitação e cura através de larga variedade de serviços de saúde e sociais. A lei penal não é instrumento adequado nem para prevenir, nem para controlar os problemas de saúde. Mesmo em relação à embriaguez ao volante, as medidas punitivas não têm sido de grande sucesso.

O projeto de lei uniforme põe-se exclusivamente na perspectiva do tratamento e do controle, visando à prevenção.

O trabalho que examinamos, como os outros relatórios elaborados recentemente nos Estados Unidos por comissões especiais, sobre pornografia e entorpecentes, constitui importante material de estudo e meditação, destacando-se por basear-se em extensa verificação de fatos e análise de dados concretos, que confere solidez e seriedade às suas observações. Aguardemos a sua parte final.

H.C.F.

CRIMINALIA, Ano XXXVIII, ns. 9 e 10, Set.-Out., 1972 (México)

Este número de *Criminalia* inclui extenso trabalho do Prof. RAUL F. CÁRDENAS, *El concurso ideal en el Código Penal Tipo para la América Latina*, com o qual ingressou na Academia Mexicana de Legislação e Jurisprudência, bem como o discurso de recepção que na oportunidade fez o ilustre mestre LUÍS GARRIDO. Publica também os trabalhos de MANUEL DEL RIO GOVEA, *Manuel de Lardizabal y Uribe, Primer Penalista Mexicano* e NICOLÁS MARTINEZ CERDA, *El Hombre Delincuente y Régimen Penitenciario*. Igualmente se inclui neste número da revista uma apreciação ao trabalho do Dr. GOVEA feito pelo Prof. FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS.

N.B.

CLAUS ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1972, 81 págs.

Oportuna tradução do vigoroso opúsculo de ROXIN, feita pelo Prof. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Nela aparecem algumas das idéias básicas que inspiraram o sopro de vitalidade que tem renovado nos últimos tempos a dogmática penal alemã, sobretudo a partir da elaboração do projeto alternativo do Código Penal germânico. Como se sabe, o autor é um dos iniciadores e mais ativos participantes da importante obra, juntamente com BAUMAN, STRATENWERTH e ARMIN KAUFMANN. A parte geral do novo Código Penal alemão, que entrará em vigor em 1.º.10.1973, incorporou grande número de artigos que reproduzem ou são diretamente inspirados no projeto alternativo. Talvez se possa afirmar sem erro que

esse projeto contribuiu mais para a reforma do Direito Penal alemão do que o projeto oficial de 1962, fruto de imponente trabalho preparatório.

Desenvolvendo idéias já apresentadas em outros trabalhos, ROXIN, neste, parte do entendimento de que os problemas político-criminais fazem parte do conteúdo próprio da teoria geral do delito, passando a um plano secundário as questões sistemáticas. De nada serve a elaboração de um sistema que, apesar de sua formosa clareza e de sua uniformidade, é errôneo do ponto-de-vista político-criminal. A experiência revela que comumente ocorrem violações da regra estrita que resulta do sistema, por motivos de política criminal. Como observa JESCHECK em seu tratado, há questões que não se resolvem com o automatismo dos conceitos.

ROXIN destaca o exagero de certas construções da dogmática penal alemã, entre as quais o largo debate sobre o conceito de ação, nas quais há evidente desproporção entre o trabalho realizado e os seus resultados práticos.

O propósito de introduzir as questões de política criminal no sistema do Direito Penal, ROXIN pretende haver alcançado afirmando que o tipo serve realmente à realização do princípio *nullum crimen*, através dos delitos de ação e dos que configuram infração de deveres.

A função político-criminal da antijuridicidade é a solução social de conflitos, na qual o autor introduz a luminosa idéia do *princípio da insignificância* (*Bagatellprinzip*), que desde logo exclui o tipo em danos de pequena importância. Assim, por exemplo, não há lesão corporal em pequenos danos à incolumidade pessoal; injuriosa é apenas a lesão grave à pretensão ao respeito etc.

Com as causas de justificação penetram na teoria do delito a dinâmica das mudanças sociais.

A culpabilidade determina-se, segundo ROXIN, do ponto-de-vista político-criminal pela teoria dos fins de pena. O dolo é elemento do tipo e também da culpabilidade. Nada impede que um elemento seja relevante para o tipo e também para a culpabilidade. O dolo é essencial para o tipo porque sem ele não se pode precisar a descrição legal do delito na forma em que o exige o Estado de Direito; mas é igualmente relevante para a culpabilidade porque deve delimitar a forma mais grave da culpabilidade distinguindo-a da mais leve. Por isso deve configurar-se seu conteúdo de acordo com os princípios valorativos dessas categorias.

Embora deixando diversas questões em aberto e proporcionando soluções evidentemente precárias (como a da culpabilidade), a obra de ROXIN, inclusive o seu fundamental *Täterschaft und Tatherrschaft*, constitui uma das mais interessantes do moderno Direito Penal alemão exigindo a atenção e o interesse de todos os estudiosos de nossa matéria. O opúsculo que agora se põe ao alcance dos que não dominam o idioma alemão constitui uma contribuição valiosa ao estudo do Direito Penal nesta parte do mundo.

H.C.F.

HERMÍNIO A. MARQUES PORTO, *Júri, Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1973, 375 págs.

Ampliando a sua excelente tese sobre *Decisão de Pronúncia*, publicada em 1970, realizou o autor obra da melhor categoria, expondo e analisando os múltiplos problemas jurídicos que apresenta o processo do júri. Trata-se de livro enxuto, como hoje necessitam os especialistas, com informação completa e exata sobre cada uma das questões examinadas, a que não falta indicação sempre oportuna da jurisprudência.

H.C.F.

JURISPRUDÊNCIA

ABREVIATURAS

AC	— Apelação Criminal
AJ	— Arquivo Judiciário
ANÍBAL BRUNO	— ANÍBAL BRUNO, <i>Direito Penal</i> , Forense, Rio de Janeiro, vols. 1 a 4.
<i>Arquivos</i>	— Arquivos do Tribunal de Alçada (GB)
C. Crim.	— Câmara Criminal
CF	— Constituição Federal
CJ	— Conflito de Jurisdição
CP	— Código Penal
CPM	— Código Penal Militar
CPP	— Código de Processo Penal
CPPM	— Código de Processo Penal Militar
DL	— Decreto-lei
DO	— Diário Oficial, Parte III, Poder Judiciário, GB
DJ	— Diário de Justiça, Brasília
ESPÍNOLA FILHO	— EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, <i>Código de Processo Penal Brasileiro Anotado</i> , Borsoi, 1954, vols. 1 a 8.
FREDERICO MARQUES	— JOSÉ FREDERICO MARQUES, <i>Elementos de Direito Processual Penal</i> , Forense, Rio, 1961, vols. 1 a 4.
FREDERICO MARQUES, <i>Tratado</i>	— JOSÉ FREDERICO MARQUES, <i>Tratado de Direito Penal</i> , Saraiva, São Paulo, 1964, vols. 1 a 4.
FRAGOSO	— HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal</i> , José Bushatsky Editor, São Paulo, vols. 1 e 2 (1962); vols. 3 e 4 (1965).
FRAGOSO, <i>Jur. Crim.</i>	— HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, <i>Jurisprudência Criminal</i> , Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, 2 vols.
HC	— <i>Habeas Corpus</i>
HUNGRIA	— NÉLSON HUNGRIA, <i>Comentários ao Código Penal</i> , Forense, Rio de Janeiro, vol. I, tomos 1 e 2 (1958); III (1959); V (1958); VI (1958); VII (1967); VIII (1959); IX (1959)

LCP	— Lei das Contravenções Penais
MAGALHÃES NORONHA	— EDGARD MAGALHÃES NORONHA, <i>Direito Penal</i> , Saraiva, São Paulo, vol. I (1968); vol. 2, (1969); vol. 3 (1969); vol. 4 (1968)
MANZINI	— VICENZO MANZINI, <i>Trattato di Diritto Penale Italiano</i> , UTET, Turim, 1950/52, vols. I a IX
RC	— Recurso Criminal
RDP	— Revista de Direito Penal
RECr	— Recurso Extraordinário Criminal
RevC	— Revisão Criminal
RF	— Revista Forense
RHC	— Recurso de <i>Habeas Corpus</i>
RJ	— Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara
ROCr	— Recurso Ordinário Criminal
RT	— Revista dos Tribunais
RTJ	— Revista Trimestral de Jurisprudência
SOLER	— SEBASTIAN SOLER, <i>Derecho Penal Argentino</i> , TEA, Buenos Aires, 1963, vols. 1 a 5
STF	— Supremo Tribunal Federal
STM	— Superior Tribunal Militar
TA	— Tribunal de Alçada
TFR	— Tribunal Federal de Recursos
TFR Jurispr.	— Revista do Tribunal Federal de Recursos
TJ	— Tribunal de Justiça

Aborto. Concurso na ação da gestante

Quem concorre na ação da gestante que pratica o auto-aborto, sem realizar atos de execução pratica o crime previsto no art. 124 do CP, e não o do art. 126. Cf. HUNGRIA, vol. V, pág. 302; FRAGOSO, vol. I, pág. 74.

Nesse sentido decidiu, com evidente acerto, o STF, em sessão plenária, no RHC n. 50.872, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO: "Quem presta colaboração à mulher que quer abortar, encorajando-a a fazê-lo, comete o crime do art. 124, como co-autor da ação dela, e não o do art. 126, que é o da executante da operação física". A decisão foi unânime. (DJ de 31.8.1973, pág. 6.308).

Competência para o processo e julgamento de Deputado Federal. STF

A Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969, introduziu no art. 119, n. I, a da CF a competência originária para processar e julgar deputados federais, nos crimes comuns, revogando a *Súmula* n. 398. Essa competência prevalece mesmo após a terminação do mandato, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência.

No julgamento da AC n. 1.984, a 2.ª Turma do TFR, relator o eminente Min. AMARÍLIO BENJAMIN, por unanimidade proclamou a incompetência da Justiça Federal, "pois, havendo o fato criminoso sido praticado quando o requerido exercia o mandato de deputado federal, a competência para o processo, é do Supremo Tribunal, de acordo com a Constituição". (*TFR Jurispr.* 37/120).

Comutação da pena. Bom comportamento carcerário

Os decretos de comutação da pena privativa da liberdade, que todos os anos são editados pelo Presidente da República, constituem péssima orientação penitenciária. Esse tipo de medidas tem por base apenas o cumprimento de parte da pena e o bom comportamento carcerário do condenado. A boa conduta na prisão pode não ter qualquer correspondência com a recuperação social do delinqüente. Ela depende em grande parte de circunstâncias ligadas à instituição e aos que a dirigem, com toda a problemática complexa de transformação e ajustes (ou desajustes) que causa a prisão como *instituição total*. Veja-se a pro-

pósito a obra fundamental de GOFFMAN, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates*, 1961.

Na avaliação do bom comportamento é sempre importante considerar o conjunto da vida do preso no estabelecimento, o qual, se satisfatório, não pode ser prejudicado por um fato isolado e sem maior gravidade. Nesse sentido orientou-se a 2.^a C. Crim. do TA da Guanabara, no RC n. 434, relator o ilustre Juiz FONSECA PASSOS, decidindo por unanimidade: "Entendimento do conceito de boa conduta prisional. Faz jus a esse conceito o detento que demonstra, por atos inequívocos, essa conduta, que não pode ser esmaecida pela existência de uma transgressão sem maior significação". (DO, 3.9.1973, pag. 11.554).

Confissão

Nos processos por crimes políticos, como se sabe, a confissão do acusado no inquérito tem reaparecido, entre nós, como rainha das provas, que domina e decide, de forma incontestável, sobre a autoria e a materialidade do fato.

A ligeireza com que tem sido admitida a prova do inquérito, têm reagido juízes e tribunais, recolocando a matéria nos termos devidos. Os juristas de todos os tempos e os grandes tratadistas da prova em matéria criminal sempre afirmaram que a confissão para ser válida tem de ser: (a) livre e espontânea; (b) confirmada reiteradamente, ou seja, persistente; (c) realizada ou confirmada em juízo.

A investigação criminal moderna não tem por fim alcançar a confissão

do suspeito, como numerosas vezes tem sido proclamado, pois nunca a confissão por si só bastou para condenar. D'AGUESSEAU lembrava, em pleno séc. XVIII que a antiga jurisprudência jamais admitia a simples confissão como prova suficiente para a condenação (*La seule confession du coupable ne suffit pas pour mettre la Justice en état de le condamner*), pois ela representa apenas "um grande começo de prova" (*un grand commencement de preuve*).

Modernamente, FRANÇOIS GORPHE (*L'Appréciation des preuves en Justice*, 1947, pag. 46), um dos maiores tratadistas da matéria, ensina que "a confissão não dispensa o Ministério Público de fazer a prova da existência do delito e da culpabilidade do réu", surgindo a confissão como uma prova que vem completar as demais (*l'avou apparaît comme une preuve qui vient compléter les autres*).

Não faz prova a confissão quando tenha emanado de coação ou violência, porque em tais condições não existe qualquer segurança de que seja verdadeira. Só podem levar o juiz ao convencimento as declarações do próprio acusado, quando esteja certo de que ele quis firmemente dizer a verdade, e isso somente é possível quando não haja qualquer dúvida de que a confissão foi espontânea e livre.

A confissão é tanto mais duvidosa quanto mais constrangedora era a situação do acusado no momento em que foi realizada. O já citado GORPHE assinala: "*D'une façon générale, l'on peut dire que, plus l'interrogatoire a été pressant, moins l'avou est sûr.*"

Por isso mesmo que o acusado na polícia não tem garantias, estando comu-

mente submetido a violências, *sempre se exigiu a confirmação em juízo* das declarações feitas no inquérito. MITTERMAIER (*Tratado de la prueba en materia criminal*, pag. 189) a propósito dizia: "*Si la confesión ha sido recibida por empleados de policía... es necesario desconfiar siempre de los medios de excitación que han empleado.*"

É curioso observar que as antigas legislações, que admitiam as torturas como meio de investigação criminal, jamais se contentavam com a confissão feita durante o tormento, exigindo a sua confirmação em juízo. As nossas ordenações do Reino, que datam de 1604 (em vigor no Brasil até o advento de nosso Código Criminal de 1830), por exemplo, exigiam a expressa ratificação em juízo, mandando que o julgador fosse avisado "que nunca condene alguém, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juízo, o qual se fará fora da casa onde lhe foi dado o tormento".

A ratificação tinha que ser feita, como se percebe, em juízo, funcionando fora do lugar onde a tortura tivesse sido realizada, procurando-se afastar a sua influência. E prosseguia o texto: "E ainda se deve fazer a ratificação depois do tormento por alguns dias, de maneira que já o acusado não tenha dor do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que com dor e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, inda que verdadeira não seja" (Ordenações, Livro V, título CXXXIII).

Estabelecia-se uma *presunção legal* de que a ratificação tivesse sido feita por temor da tortura, se não fosse realizada muito tempo depois, quando já

estivessem passados os vestígios do sofrimento.

Essas regras, desenvolvidas pelo Direito Canônico, a partir do séc. XIII (*Decretais*, do Papa Gregório IX) remonta ao antigo Direito Romano, podendo ver-se no *Digesto*, do Imperador Justiniano (séc. VI) as restrições feitas à confissão obtida mediante tortura e não confirmada (*Digesto*, 48.18.1, § 23 e *Digesto*, 48.18.1, § 27).

Por outro lado, o interrogatório mediante tortura deveria obedecer a regras indispensáveis, que assegurassem a veracidade das declarações. Assim, a Constituição Criminal de Carlos V (1532), em seu art. 54, proibia as *perguntas sugestivas* no interrogatório feito com tormento, pois é evidente a suspeita de que o acusado, vislumbrando pela pergunta o que desejaria saber o inquisidor, confessasse logo o que este pretendia, para livrar-se do sofrimento. Também essa regra é antiga, remontando ao Direito Romano da época imperial.

Assim, durante o tormento, não se admitia perguntas que contivessem implícita a resposta (exs.: "Tício, Mévio e Caio são os seus cúmplices?", ao invés de "Quais os seus cúmplices?"; "Estava você em tal lugar a tantas horas?", ao invés de "Onde estava você a tantas horas?" etc.).

MITTERMAIER (ob. cit., pag. 193) dizia que deve-se sempre duvidar quando a confissão é feita mediante perguntas que recaem sobre os cúmplices, *sobre seus nomes ou sobre a parte que tomaram no crime*. Ensinava, por outro lado, que "a confissão, para fazer fé, deve ser confirmada várias vezes, pelas declarações persistentes do acusado" (pag. 209).

O Prof. ROBERTO LYRA (*Passado, Presente e Futuro da Prova Penal*, 1955, pág. 27) escreveu: "A própria jurisprudência, se em algum aspecto merece ser considerada *mansa e pacífica* é na reserva diante sobretudo da confissão extrajudicial.

E, sobre a exigência de que a confissão seja *livre* e espontânea: "Livre, o preso, o detido, o suspeito incomunicável e sob sigilo? Espontâneo o que é provocado, num ambiente vexatório, excitante e perturbador, por excelência? Avultam as confissões falsas por obediência, vaidade, amor, gratidão, medo, corrupção, vingança etc. Não falo da coação irresistível, mediante tortura, a *confissão*, neste caso, é antes corpo de delito contra a autoridade ou fraude profanadora da arte probatória. As coações que, às vezes são formas extremas de covardia e impiedade, viciam, irremediavelmente, a confissão, mesmo verdadeira. A autoridade que se desrespeita, que se desacata, descendo a imitar o criminoso, previne a Justiça, difundindo auras de *desconfiança*" (pág. 69).

Por todos os possíveis vícios da confissão extrajudicial, sempre se admitiu a sua retratabilidade e a sua divisibilidade.

Mais comprometida ainda será a validade da confissão feita apenas na fase policial, se se tem presente a subsidiariedade da prova do inquérito (cf. FRAGOSO, *Jurispr. Crim.*, ns. 390 e 436). Por outro lado textos expressos do CPPM limitam a validade da prova colhida pela autoridade policial (arts. 9 e 297 do CPPM).

Em várias oportunidades a Justiça Militar e o STF têm dado à prova do inquérito, e notadamente à confissão, o valor que juridicamente possuem.

No julgamento do ROCr n. 1.143, a 1.^a Turma do STF, relator Min. ALIO-MAR BALEEIRO, fixou, de forma antológica: "As confissões policiais na calada da noite, sem assistência de advogado, sobretudo quando muito minuciosas e incriminadoras, sem que se esboce o instituto de defesa do confidente, devem ser recebidas com reservas, mormente em fases de conturbação aguda da política. Vinte séculos de civilização não bastaram para tornar a polícia uma instituição policiada, parecendo que o crime dos malfeitores contagia fatalmente o caráter dos agentes que a nação paga para contê-los e corrigi-los. A confissão policial do recorrente é longa e permeada de pormenores, sem que se esboce o menor gesto de instinto de defesa, sempre encontrando na palavras dos acusados. Há como que um masoquismo de auto-acusação muito suspeito. O confidente quer expiar o crime, dando às autoridades todas as armas, sem guardar nenhuma". (DJ de 14.9.1973, pág. 6.738).

Decidindo o Processo n. 669/69, na 2.^a Auditoria de Marinha da 1.^a CJM (Guanabara), a sentença unânime, lavrada pelo Juiz excepcional que é, sem favor, o Dr. PAULO JORGE SIMÕES CORREIA, afirmou: Entendemos, que os elementos do inquérito não são inválidos, como se tem procurado fazer crer, para formarem a convicção do Juiz, desde que, entretanto, sejam acordes com outros elementos de convicção colhidos no processo.

"A prova na concepção atual do Direito não possui mais a hierarquia que se lhe atribuiu no passado. Não existe mais aquela concepção de que a confissão era a rainha das provas. Ao contrário, o Juiz deverá ter em mente

um conjunto de elementos que o leve a uma conclusão lógica e inarredável sobre a responsabilidade do acusado. É necessário que a prova no seu conjunto forme um corpo único, inteiriço, enfim, um mosaico perfeito. Só assim tem o Juiz condições de julgar com segurança.

"Terão valor essas confissões, tomadas unicamente na Polícia? Deveriam ter. É mesmo preciso que os elementos da fase do inquérito sirvam de valioso subsídio para formação da culpa.

"Infelizmente, porém, o que se vê é, cada vez mais, a total desmoralização desses elementos, pela maneira errada, omissa e quase sempre reprovável com que são colhidos os elementos, deixando no espírito do julgador uma tremenda dúvida.

"Dir-se-á que as provas colhidas na Polícia, foram confirmadas em Juízo pelas testemunhas. Mas que testemunhas? Aquelas mesmas que em todo o inquérito se encarregaram e se esmeraram em apontar os culpados, sendo portanto, interessadas em demonstrar o mérito e a perfeição de suas qualidades *sherloquianas*?

"Não pode uma Justiça honesta e digna que tenha por missão, acima de tudo, agir ao serviço da Pátria brasileira, honrando-a e dignificando-a sempre, como tem procurado ser a Justiça Militar do Brasil, aceitar tal *arremedo* de provas, para uma condenação.

"É necessário, sem dúvida, que a sociedade brasileira, as instituições e a ordem sejam defendidas, mantida a segurança, mas, para tanto é necessário também, que as autoridades sejam as primeiras a darem o exemplo, respeitando a Constituição e as leis vigentes mantendo os compromissos internacionais de respeito à dignidade humana,

aos Direitos individuais, postulados da Carta das Nações Unidas, sob pena de serem elas as subversoras da ordem constituída.

"A Justiça Militar tem procurado em suas decisões da primeira à última instância, honrar as tradições de povo civilizado, cristão e democrático que sempre foi o brasileiro e não deseja transformar-se em Justiça de exceção, cega, irracional e contrária aos mandamentos da Carta Magna que sempre norteou e há de continuar a nortear a sua conduta sob pena de se transformar o país no verdadeiro caos".

Na mesma 2.^a Auditoria de Marinha, decidindo unanimemente o Processo n. 69/70-C, em sentença da lavra do eminente magistrado Dr. JOÃO NUNES DAS NEVES, assentou o Conselho de Justiça: "A acusação firmou-se na prova colhida na fase das investigações, consubstanciadas nos depoimentos colhidos dos acusados. Entretanto por ocasião do interrogatório desses acusados perante o Conselho, aquelas afirmações foram retratadas sob alegação de que teriam sido obtidas sob coação. Por outro lado, durante a instrução criminal o Ministério Público não conseguiu reproduzir aquela prova nem ofereceu outros subsídios que pudessem convencer ao Juízo da culpabilidades dos acusados.

"É princípio fundamental na Lei Processual Militar, que os depoimentos colhidos no inquérito, com exceção da prova técnica propriamente dita, têm um caráter meramente provisório e com finalidade precípua de ministrar elementos necessários ao Ministério Público para a propositura da ação penal através de denúncia fundamentada. É a própria Lei Processual que lhes dá esse caráter provisional.

O Prof. ROBERTO LYRA (*Passado, Presente e Futuro da Prova Penal*, 1955, pág. 27) escreveu: "A própria jurisprudência, se em algum aspecto merece ser considerada *mansa e pacífica* é na reserva diante sobretudo da confissão extrajudicial.

E, sobre a exigência de que a confissão seja *livre* e espontânea: "Livre, o preso, o detido, o suspeito incomunicável e sob sigilo? Espontâneo o que é provocado, num ambiente vexatório, excitante e perturbador, por excelência? Avultam as confissões falsas por obediência, vaidade, amor, gratidão, medo, corrupção, vingança etc. Não falo da coação irresistível, mediante tortura, a *confissão*, neste caso, é antes corpo de delito contra a autoridade ou fraude profanadora da arte probatória. As coações que, às vezes são formas extremas de covardia e impiedade, viciam, irremediavelmente, a confissão, mesmo verdadeira. A autoridade que se desrespeita, que se desacata, descendo a imitar o criminoso, previne a Justiça, difundindo auras de desconfiança" (pág. 69).

Por todos os possíveis vícios da confissão extrajudicial, sempre se admitiu a sua retratabilidade e a sua divisibilidade.

Mais comprometida ainda será a validade da confissão feita apenas na fase policial, se se tem presente a subsidiariedade da prova do inquérito (cf. FRAGOSO, *Jurispr. Crim.*, ns. 390 e 436). Por outro lado textos expressos do CPPM limitam a validade da prova colhida pela autoridade policial (arts. 9 e 297 do CPPM).

Em várias oportunidades a Justiça Militar e o STF têm dado à prova do inquérito, e notadamente à confissão, o valor que juridicamente possuem.

No julgamento do ROCr n. 1.143, a 1.^a Turma do STF, relator Min. ALIO-MAR BALEEIRO, fixou, de forma antológica: "As confissões policiais na calada da noite, sem assistência de advogado, sobretudo quando muito minuciosas e incriminadoras, sem que se esboce o instituto de defesa do confidente, devem ser recebidas com reservas, mormente em fases de conturbação aguda da política. Vinte séculos de civilização não bastaram para tornar a polícia uma instituição policiada, parecendo que o crime dos malfeitores contagia fatalmente o caráter dos agentes que a nação paga para contê-los e corrigi-los. A confissão policial do recorrente é longa e permeada de pormenores, sem que se esboce o menor gesto de instinto de defesa, sempre encontrando nas palavras dos acusados. Há como que um masoquismo de auto-acusação muito suspeito. O confidente quer expiar o crime, dando às autoridades todas as armas, sem guardar nenhuma". (DJ de 14.9.1973, pág. 6.738).

Decidindo o Processo n. 669/69, na 2.^a Auditoria de Marinha da 1.^a CJM (Guanabara), a sentença unânime, lavrada pelo Juiz excepcional que é, sem favor, o Dr. PAULO JORGE SIMÕES CORREIA, afirmou: Entendemos, que os elementos do inquérito não são inválidos, como se tem procurado fazer crer, para formarem a convicção do Juiz, desde que, entretanto, sejam acordes com outros elementos de convicção colhidos no processo.

"A prova na concepção atual do Direito não possui mais a hierarquia que se lhe atribuiu no passado. Não existe mais aquela concepção de que a confissão era a rainha das provas. Ao contrário, o Juiz deverá ter em mente

um conjunto de elementos que o leve a uma conclusão lógica e irredutível sobre a responsabilidade do acusado. É necessário que a prova no seu conjunto forme um corpo único, inteiriço, enfim, um mosaico perfeito. Só assim tem o Juiz condições de julgar com segurança.

"Terão valor essas confissões, tomadas unicamente na Polícia? Deveriam ter. É mesmo preciso que os elementos da fase do inquérito sirvam de valioso subsídio para formação da culpa.

"Infelizmente, porém, o que se vê é, cada vez mais, a total desmoralização desses elementos, pela maneira errada, omissa e quase sempre reprovável com que são colhidos os elementos, deixando no espírito do julgador uma tremenda dúvida.

"Dir-se-á que as provas colhidas na Polícia, foram confirmadas em Juízo pelas testemunhas. Mas que testemunhas? Aquelas mesmas que em todo o inquérito se encarregaram e se esmeraram em apontar os culpados, sendo portanto, interessadas em demonstrar o mérito e a perfeição de suas qualidades *sherloquianas*?

"Não pode uma Justiça honesta e digna que tenha por missão, acima de tudo, agir ao serviço da Pátria brasileira, honrando-a e dignificando-a sempre, como tem procurado ser a Justiça Militar do Brasil, aceitar tal *arremedo* de provas, para uma condenação.

"É necessário, sem dúvida, que a sociedade brasileira, as instituições e a ordem sejam defendidas, mantida a segurança, mas, para tanto é necessário também, que as autoridades sejam as primeiras a darem o exemplo, respeitando a Constituição e as leis vigentes mantendo os compromissos internacionais de respeito à dignidade humana,

aos Direitos individuais, postulados da Carta das Nações Unidas, sob pena de serem elas as subversoras da ordem constituída.

"A Justiça Militar tem procurado em suas decisões da primeira à última instância, honrar as tradições de povo civilizado, cristão e democrático que sempre foi o brasileiro e não deseja transformar-se em Justiça de exceção, cega, irracional e contrária aos mandamentos da Carta Magna que sempre norteou e há de continuar a nortear a sua conduta sob pena de se transformar o país no verdadeiro caos".

Na mesma 2.^a Auditoria de Marinha, decidindo unanimemente o Processo n. 69/70-C, em sentença da lavra do eminente magistrado Dr. JOÃO NUNES DAS NEVES, assentou o Conselho de Justiça: "A acusação firmou-se na prova colhida na fase das investigações, consubstanciadas nos depoimentos colhidos dos acusados. Entretanto por ocasião do interrogatório desses acusados perante o Conselho, aquelas afirmações foram retratadas sob alegação de que teriam sido obtidas sob coação. Por outro lado, durante a instrução criminal o Ministério Público não conseguiu reproduzir aquela prova nem ofereceu outros subsídios que pudessem convencer ao Juízo da culpabilidades dos acusados.

"É princípio fundamental na Lei Processual Militar, que os depoimentos colhidos no inquérito, com exceção da prova técnica propriamente dita, têm um caráter meramente provisório e com finalidade precípua de ministrar elementos necessários ao Ministério Público para a propositura da ação penal através de denúncia fundamentada. É a própria Lei Processual que lhes dá esse caráter provisional.

"Do mesmo modo quanto ao depoimento testemunhal de policiais que vêm a Juízo dispostos a confirmar a sua presença no ato da tomada do depoimento durante o inquérito, tais afirmações, sem trazerem ao conhecimento do Juízo o histórico dos fatos incriminados, também devem ser admitidos na área judicial com as reservas que merecem, jamais como prova substancial".

Esses pronunciamentos judiciais constituem segura e valiosa aplicação de nosso direito nesta matéria.

Defesa por estagiário. Ausência de nulidade

Abandonando a orientação que a nós parece, *data venia*, mais acertada, e que deu origem a tantas decisões (cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 146), entendeu a 2.^a Turma do STF, no RHC n. 50.889, relator o eminente Min. THOMPSON FLORES, que o estagiário, "mesmo sem ajuda de advogado pode, na defesa, participar de inquisições, sem que, com esse proceder, acarrete nulidade dos atos, máxime que prova não se fez que originasse prejuízo". A decisão foi unânime. DJ de 31.8.1973, pág. 6.308.

Denúncia. Abuso de poder

Por empate na votação concedeu a 2.^a Turma do TFR o HC n. 2.791, relator designado o eminente Min. JARBAS NOBRE, assinalando aspecto essencial da ilegitimidade da denúncia como abuso de poder, em que temos repetidamente insistido. A ementa do excelente julgado reza: "*Denúncia. Para recebê-la, terá o Juiz que examinar o*

inquérito policial para concluir se há crime, e apurar a ausência de justa causa e legítimo interesse do Estado em acusar. E, como escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES, (Elementos, vol. II, pág. 67): "É preciso que haja fumus boni juris para que a ação penal conte-nha condições de viabilidade. Daí porque ao Juiz é dado rejeitar a denúncia, na forma do art. 43, do CPP. Pacientes denunciados como incurso no art. 318, do CP. O sujeito ativo do delito só pode ser o funcionário a quem caiba, por dever funcional, impedir contrabando ou descaminho. Ordem concedida. (DJ de 30.4.1973, pág. 2.773).

Era evidente o abuso de poder na atribuição da autoria a quem não tinha qualidade legal para nessa finalidade praticar o delito.

Somente na forma de participação (que é necessariamente acessória) pode o *extraneus* praticar um crime próprio.

A mera regularidade formal da denúncia não exclui a inexistência de justa causa. Como se pode ver em FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, 1961, vol. II, pág. 146 e segs.), "a denúncia está para a ação penal pública como a petição inicial para a ação civil" (pág. 146). Assume, pois, nessa relação que o mestre do processo brasileiro assinala a cada instante, lugar de realce o *interesse de agir*. Estudando o controle que exerce o Juiz sobre a denúncia, no despacho de delibação que é seu recebimento, FREDERICO MARQUES não o reduz à mera "regularidade formal da denúncia", acrescentando a esse aspecto formalístico a "viabilidade da relação processual" e a "viabilidade do direito de ação" (op. cit., pág. 161). Conquanto, à evidência, não

esteja o órgão do Ministério Público subordinado à existência de inquérito policial (a própria Lei n. 4.898, aliás inutilmente, o diz com todas as letras), deve tal circunstância ser naturalmente restringida ao caso em que, independentemente do procedimento policial, possua ele prova suficiente de sua acusação.

Assim se manifesta o eminente processualista: "Prende-se, ainda, à inviabilidade da instância, a falta de elementos que instruem a denúncia para fundamentar a *opinio delicti* do órgão da acusação. A acusação deve estar acompanhada do inquérito policial ou de elementos que habilitem o Ministério Público "a promover a ação penal" (art. 39, § 5.^o do CPP). *Caso é, portanto, de rejeição da denúncia, a ausência de tais elementos entre os anexos que a instruem*". (Op. cit. pág. 162).

Adverte o ilustre mestre que, a despeito de ser o CPP pouco claro, a esse respeito (do legítimo interesse de agir), "fácil é demonstrar (...) que tal condição se encontra imanente ao sistema legal em vigor" (pág. 166).

Trata-se, aliás, de tradição no processo penal brasileiro; é essa idéia que clarifica a opinião de JOÃO MENDES, no sentido de que a denúncia é também uma exposição demonstrativa, "porque deve descrever o corpo de delito e dar as razões de convicção". (*O Processo Criminal Brasileiro*, 1911, vol. II, pág. 166).

Não se cogita, aqui, de *ilegalidade* em sentido estrito: a denúncia pode ser formalmente incensurável. Cogita-se, isso sim, de *abuso de poder*, ou seja, de desvio dos deveres do próprio ofício, na prática arbitrária de um ato legal.

"O abuso de poder é em suma, o mau uso de poder na denúncia, quando o Ministério Público, inteiramente fora da realidade e sem qualquer elemento de convicção, inicia o procedimento criminal". (Cf. HELENO FRAGOSO, *Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva*, *Rev. Bras. Crim. e Dir. Pen.*, n. 13, 1966, pág. 73).

A isso se referia o Min. OROSIMBO NONATO, quando, no julgamento do HC n. 32.203, afirmava que "há falta de justa causa que justifica a concessão do *habeas corpus*, quando o fato nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma *infração penal*, resulta de pura criação mental da acusação" (RF, 150/393). Essa última parte é clara definição do abuso de poder no oferecimento de denúncia, que parte de um oferecimento que não repouse num *mínimo* de prova a lastrear a descrição acusatória.

Como, com precisão acentua FREDERICO MARQUES, "quando se cuida da ação penal, maior peso adquirem esses argumentos" (no sentido de liquidar o magistrado, no nascedouro, pleitos inviáveis) "porquanto a *persecutio criminis* sempre afeta o *status dignitatis* do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação" (op. cit., pág. 163). Por isso CARNELUTTI equiparava o processo criminal a que é submetido um homem de bem, a uma autêntica pena.

Denúncia caluniosa. Inquérito não encerrado

O crime de denúncia caluniosa configura-se quando alguém sabendo falsa a imputação que faz a outrem, dá causa à instauração de investigação

policial ou de processo judicial. Uma vez instaurado o inquérito ou iniciada a ação penal que deflui de falsa acusação, não será possível perseguir criminalmente o autor da denúncia caluniosa, sem encerrar o inquérito por arquivamento ou sem estar definitivamente julgada a ação penal, se houver.

Como ensina HUNGRIA, vol. IX, pág. 465, "trata-se de uma medida de ordem prática, e não propriamente de uma condição de existência do crime". Como afirmou o mestre no julgamento do HC n. 33.452, no STF, "tratando-se de denúncia caluniosa, a ação não deve ser intentada ou, se já intentada, não deve prosseguir, enquanto não resultar devidamente investigada e reconhecida a falsidade da imputação, no processo por esta provocado. Nem poderia ser de outro modo. Se a tal processo, com tal resultado, precede o processo por denúncia caluniosa, pode acontecer que o denunciante seja absolvido pelo reconhecimento de que o denunciado realmente praticou o crime atribuído, e, ficaria prejudgado o mesmo denunciado, que, entretanto, não foi ouvido, nem teve oportunidade de se defender. Por outro lado, admitindo-se a precedência da ação penal por denúncia caluniosa, ninguém jamais se abalçaria a fazer qualquer comunicação à polícia, pois, antes mesmo do término ulterior da investigação, poderia estar sujeito a essa ação penal. Dir-se-á que, antecedendo a ação policial ou judicial pelo crime atribuído ao denunciado o inquérito poderia ser arquivado ou seguir-se a absolvição no ulterior processo penal, e o denunciante também estaria prejudgado. Mas isto não é exato. O inquérito contra o denunciado será arquivado ou sobrevirá a absolvição porque evidenciada a sua

inocência, mas restará saber se o denunciante tinha positivo conhecimento dessa inocência; e, assim, não haverá prejulgamento do último".

MAGALHÃES NORONHA, vol. IV, pág. 428, também entende que "se foi instaurado procedimento contra o denunciado, à decisão proferida nesse processo (arquivamento do inquérito ou absolvição final do imputado), deve ficar subordinada à relativa ao denunciante. Há perigos de decisões antinômicas e, de qualquer modo, risco de prejuízo para a Justiça. Se, assim não for, pode acontecer que, julgado primeiramente o denunciante e sendo absolvido, o denunciado, cujo processo ainda não tocou ao termo, fique prejudgado. Ao contrário, se absolvido o denunciado nem por isso haverá prejulgamento do denunciante, pois, além da inocência daquele é mister demonstrar-se que o segundo tinha ciência dela". Pediríamos licença apenas para observar que a sentença absolutória criminal comumente não proclama a inocência do acusado; mas sim a insuficiência das provas recolhidas para submetê-lo a castigo. Assim sendo, a absolvição não exclui que o réu seja culpado, ficando, pois, ressaltado, ao denunciante a faculdade de, em sua defesa, produzir novas provas no sentido da verdade da denúncia, no curso do processo que lhe for movido, com fundamento no art. 339 do CP. Cf. HUNGRIA, vol. IX, pág. 465.

Os tribunais têm exigido invariavelmente o prévio encerramento do inquérito ou da ação penal acaso intentada, para admitir o procedimento por denúncia caluniosa. Ainda há pouco assim decidiu o STF por sua 2.^a Turma no RHC n. 50.501, relator o eminente Min. BILAC PINTO, por unanimi-

dade: "Denúncia caluniosa. Inquérito ainda não encerrado. Para o início da ação penal por crime de denúncia caluniosa, torna-se imprescindível, pelo menos, o arquivamento do inquérito". (DJ de 29.6.1973, pág. 4.727, Veja-se também no mesmo sentido, a decisão proferida pela 1.^a Turma no HC n. 47.365, relator o ilustre Min. DJACI FALCÃO (RTJ, 55/77). Cf. igualmente RT, 146/520.

Pode acontecer que no mesmo inquérito instaurado em virtude da denúncia caluniosa, o Ministério Público promova a investigação policial contra o denunciante e contra ele venha a oferecer denúncia. Nesse caso há arquivamento de certa forma implícito, sendo perfeitamente válida a ação penal. Veja-se nesse sentido a decisão das C. Crim. Conjuntas do TJ de São Paulo, no HC n. 63.613, relator o eminente Des. J. GUZZO (RT, 293/53).

Divulgação subversiva

O art. 14 do DL n. 314 incriminava o fato de "divulgar, por qualquer meio de publicidade, notícias falsas, tendenciosas ou deturpadas, de modo a por em perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil". A pena prevista era a de detenção de seis meses a dois anos.

A incriminação foi introduzida na lei de segurança na linha da antiga punição das *fausses nouvelles*, que pode se transformar num fácil instrumento de prepotência e tirania, se a lei for aplicada por tribunais que não tenham inspiração democrática. Veja-se o art. 16 da Lei n. 5.250/67.

A vigente lei de segurança, em seu art. 16, tornando mais rigorosa ainda a incriminação, dispõe: "Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas". A pena passou a ser de dois a cinco anos "se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil". (DL n. 898/69).

Pode-se bem imaginar o que representa de vago e subjetivo noções como "notícia tendenciosa", "fato verdadeiro truncado ou deturpado", "tentar indispor o povo com as autoridades constituídas" e "a exposição a perigo do bom nome, autoridade, crédito ou prestígio do Brasil".

Somente um tribunal composto por juízes esclarecidos, com nítida consciência de seu dever e fiéis à legalidade democrática e aos princípios que devem reger a convivência num país de homens livres pode aplicar esses textos terríveis, limitando-os àquelas hipóteses raríssimas em que a manifestação do pensamento constitui positivamente conduta subversiva e perigosa à segurança nacional.

O STM, no julgamento da AC n. 38.956, relator o eminente Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO, considerou caso oriundo do Paraná em que jornalista fora condenado com base no art. 14 do DL n. 314, porque "divulgou notícias tendenciosas, tentando indispor o povo com as autoridades constituídas". O fato que motivara o processo foi notícia estampada num jornal da cidade de Campo Mourão, escrita com base em telegrama provenien-

te de Brasília, relativo a *habeas corpus* impetrado ao STF, que o jornal apresenta de forma sensacionalista, como é próprio de certo tipo de imprensa entre nós.

Condenado o réu, o STM o absolveu por unanimidade, proclamando que “a divulgação dimensionava, em jornais, desde que já divulgada em outros setores, de boa-fé, sem o propósito de não comprometer o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil, não configura o delito do art. 14 do DL n. 314”.

Afirma o tribunal, como se vê, a exigência de um *dolo específico* consistente no especial fim de agir, sendo portanto indispensável não só a consciência e vontade da divulgação, mas o propósito deliberado de atingir valores subjetivos (bom nome, autoridade, crédito, prestígio) relacionados com o país, atentando dessa forma contra a segurança nacional.

No caso concreto a sentença condenatória de primeira instância foi particularmente injusta e odiosa, pois não estava em jogo o Brasil, mas certas autoridades constituídas (policiais), não havendo portanto conduta típica.

Expulsão de estrangeiro. Filho dependente da economia paterna

O art. 74, n. II, da vigente lei de estrangeiros (DL n. 941, de 13.10.1969) impede a expulsão de estrangeiro que tiver filho dependente da economia paterna. A *Súmula* n. 1 do STF redigida do tempo da antiga lei, mas em pleno vigor, também dispõe que “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna”.

No julgamento do HC n. 2.767, o TFR (pleno) foi chamado a aplicar o dispositivo legal que impede a expulsão, num caso de estrangeiro que tinha filho brasileiro, sendo desquitado de brasileira. Tratava-se de pessoa condenada por crime contra a segurança nacional, que se encontrava submetida a processo de expulsão, contra a qual impetrava HC, sob fundamento de ter filho brasileiro, dependente da economia paterna. Segundo declarações da antiga esposa, o paciente abandonara a família desde 1965, estando, desde aquela data, sobre os ombros da mulher, a responsabilidade do lar. Em 1966, por decisão judicial, foi o paciente obrigado ao pagamento de pensão alimentícia, que nunca realizou.

O eminente relator, Min. AMARÍLIO BENJAMIN denegava a ordem por entender que o paciente não tinha filho dependente da economia paterna: “O art. 74, n. II, citado, tem em vista dependência efetiva e correspondente ao momento da expulsão. Não há nenhuma idéia de expectativa em sua linguagem. Se fosse possível cogitar-se do futuro, seria necessário, seguramente, para se ter certa confiança em que o menor receberia amparo, se precisasse, que o paciente, ao menos, tivesse feito prova de que, apesar de separado da esposa, e malgrado o não cumprimento da pensão alimentícia, tinha afinal interesse pelo filho e não ajudava sua manutenção porque a mãe recusara ou dispensara auxílio. Dos autos, no entanto, nada consta, e o retrato que emerge do peregrino em via de expulsão não dá a menor esperança de que poderá servir ao filho, algum dia.”

O entendimento do relator, teve o apoio dos ilustres Mins. ESDRAS GUEI-

ROS, MOACIR CATUNDA, HENOCHE REIS, GODOY ILHA e JORGE LAFAIETTE. Este último argumentou: “A dependência da economia paterna para excluir a expulsão deve ser efetiva e concreta. Não basta o dever que a lei impõe a todo pai de prover a manutenção e subsistência dos filhos. Se assim fosse, a lei usaria expressão que é mais comum em situações semelhantes. Diria: “se tiver filho menor ou inválido”. Usando essa outra expressão “dependência da economia paterna”, visou uma dependência concreta e efetiva, não sendo suficiente aquela que decorre do dever que a lei impõe a todo e qualquer pai.”

Ficaram vencidos os eminentes Mins. PEÇANHA MARTINS, JARBAS NOBRE e DÉCIO MIRANDA, que observou: “Não se trata de saber se o pai nunca esteve, já esteve ou está em condições de suprir a subsistência do filho. Trata-se, ao revés, de saber se o filho depende, em tese, de meios exógenos de subsistência, sem que se precise fazer o exame de fatos da economia paterna. Ora, todo filho menor, que não seja herdeiro de capitais ou rendimentos, depende da economia paterna. O filho não dependerá da economia paterna, no meu sentir, quando, menor, tiver economia própria, ou, maior, for indivíduo válido, capaz de trabalhar. Todo filho em condições de reclamar alimentos do pai ou da mãe é dependente da economia paterna.”

As razões apresentadas nos votos vencidos são sedutoras e bem lançadas. Parece-nos, no entanto, *data venia*, que a orientação da corrente vencedora é mais correta e que a vontade da lei é a de impedir a expulsão somente nos casos em que a partida do pai deixa o filho brasileiro ao desamparo. (TFR Jurispr., 37/141).

Habeas Corpus. Detenção em lugar ilegítimo ou inadequado

O HC constitui remédio jurídico contra a detenção imposta em lugar inadequado aos fins a que ela se refere. Pode ser removida por meio de HC a ordem de internação em prisão sob pretexto de inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de medida de segurança detentiva ou a internação de viciado em entorpecentes em manicômio judiciário.

PIMENTA BUENO (*Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 5.^a ed., pág. 238) ensinava que a garantia do HC “é conferida não somente contra a prisão arbitrária, e sim contra todo constrangimento ilegal, ou ele provenha de uma detenção injusta, ou de ser ela verificada em lugar ilegítimo, em cárcere privado, ou resulte de uma exigência forçada, ou opressão que comprima indevidamente a liberdade do cidadão, ou do homem”. Sobre a concessão de HC em caso de prisão em lugar ilegítimo ou indevido, cf. PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas Corpus*, 2.^a ed., págs. 43 e 422.

O STF, no julgamento do HC n. 32.003, em sessão plenária, decidiu que “constitui constrangimento ilegal a aplicação de medida de segurança detentiva em estabelecimento inadequado a seu cumprimento”. Foi relator o eminente Min. ROCHA LAGOA (RF. 164/318).

Já concedeu, por outro lado, a Corte Suprema, HC para assegurar a transferência para *prisão especial* ilegítimamente recusada (HC n. 28.318). Cf. ESPÍNOLA FILHO, vol. VII, ns. 1.350 e 1.355.

JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ (*Prática dos Recursos*, 3.^a ed., pág. 252), com razão afirma que "deve ser aceita a medida excepcional para assegurar a transferência de preso doente de prisão comum para o estabelecimento penal apropriado ao seu tratamento ou para impedir a internação ou o recolhimento a nosocômio fora dos casos previstos em lei".

Identificação dactiloscópica. Constrangimento ilegal

São repetidas, já agora, as decisões dos tribunais, afirmando constituir constrangimento ilegal sanável por via de HC, a exigência policial da identificação dactiloscópica, quando o paciente já é civilmente identificado no distrito da culpa. Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 271.

A 2.^a Turma do TFR, por unanimidade, no RHC n. 3.064, relator o eminente Min. GODOY ILHA, assentou: "Identificação criminal em inquérito policial recém-instaurado para apuração de supostos ilícitos penais com relação às leis do trabalho de pessoas categorizadas, que exibiram as suas carteiras de identidade, expedidas pelo Serviço de Identificação da Secretaria de Segurança do Estado. Medida vexatória e repelida por autorizados processualistas e pela jurisprudência dos tribunais, notadamente deste Tribunal Federal de Recursos (RHC ns. 1.353 e 2.789). Quem tem prova legal de identidade não pode ser compelido à identificação criminal, notadamente em inquérito policial recém-instaurado, que ainda nada apurou sobre os supostos ilícitos penais". (DJ, de 3.9.1973, pág. 6.352).

Lei de Imprensa. Direito de resposta

Importante decisão proferiu o TA da Guanabara, no julgamento do RC n. 391, por sua 2.^a C. Crim., relator o eminente Juiz RAUL RIBEIRO, interpretando a lei de imprensa no que tange aos limites do direito de resposta.

Entendeu por unanimidade o Tribunal que "o direito à publicação da resposta deve ser reconhecido mesmo quando o ofensor seja estranho ao órgão de imprensa que haja veiculado a ofensa". A referência, na resposta, a *terceiros*, que justifica a negativa da publicação não compreende pessoas que tenham relação com o fato a que ela deu origem" (DO de 3.7.1973, pág. 8.546).

O direito à resposta surge com a publicação ou transmissão ofensiva (art. 29, Lei n. 5.250) e se exerce em relação ao órgão que a efetua, embora o custo da resposta caiba ao ofensor (art. 30, § 3.^o).

Não será admitida a publicação ou transmissão quando se referir a *terceiros*, em condições que criem para estes igual direito de resposta (art. 34, n. IV). É claro, no entanto, que esses *terceiros* a que alude a lei devem ser pessoas alheias aos fatos, sem qualquer relação com os acontecimentos que deram origem à publicação ofensiva. Parece-nos importante assinar isto, como faz o exatíssimo acórdão de que damos notícia.

Livramento condicional. Crimes em concurso material

A jurisprudência de nossos tribunais tem-se orientado invariavelmente no sentido de excluir a possibilidade do livramento condicional, por ausência de

um de seus requisitos objetivos, quando o réu é condenado por crimes diversos a várias penas privativas da liberdade, sem que qualquer delas seja superior a três anos. Essa orientação tem prevalecido mesmo quando os diversos crimes são praticados em concurso.

O CP de 1940 orientou-se no sentido de excluir o livramento condicional nas penas privativas da liberdade de curta duração, assim consideradas pelo legislador as inferiores a três anos, imaginando-se a medida como última etapa do *sistema progressivo*. Excluiu-se em princípio a possibilidade de concessão do benefício com a soma de penas referentes a crimes diversos, quando qualquer delas não ultrapassasse três anos.

A razão de ser dessa limitação encontra-se no propósito de evitar o favorecimento dos profissionais, habituais e reincidentes, condenados a curtas penas privativas da liberdade (ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, pág. 415). Como se lê na Exposição de Motivos (n. 31), por outro lado, "fica, assim, conjurada a possibilidade de, em certos casos, servir a lei, paradoxalmente, de estímulo à prática do *segundo crime*, cuja pena, adicionada à do primeiro, sendo esta excludente do livramento, criaria para o condenado a possibilidade de liberação em menos tempo do que se tivesse de cumprir a pena inteira imposta em razão do primeiro crime".

O art. 60, do parágrafo único, do CP dispõe: "As penas que correspondem a crimes autônomos podem somar-se, para o efeito do livramento, quando qualquer delas é superior a três anos."

No art. 711, do CPP, destinado a disciplinar, no plano processual, esse

dispositivo (mas que, em realidade sem qualquer justificação, o restringe), reza: "No caso de condenação a duas ou mais penas privativas de liberdade, da mesma espécie ou de espécies diferentes, o juiz somente poderá conceder o livramento, se qualquer delas for superior a três anos e o condenado já houver cumprido mais da metade ou três quartos da soma do tempo de todas."

Trata-se de questão exegética que tem por fulcro o art. 60, parágrafo único, do CP. Trata-se de saber o que significa, para os efeitos do livramento condicional, a expressão *crimes autônomos*, pois somente em relação a tais crimes vige a proibição da soma das penas.

Convém assinalar que estão de acordo todos os especialistas quanto ao grave erro do CP de 1940, ao fixar o limite mínimo de três anos para a concessão do livramento condicional. Esse critério conduz ao desconchavo de tornar mais vantajosa para o réu primário a condenação, a pena mais longa, quando se trata dos limites entre dois e três anos, como bem assinala a Exposição de Motivos do CP de 1969 (n. 31). Por isso mesmo o novo CP fixa o limite mínimo em pena "igual ou superior a dois anos" (art. 75).

O sistema progressivo, por seu turno, já cumpriu o seu ciclo histórico e está em completo descrédito. Ele se fundava na idéia de fundo religioso e um pouco ingênua de que o condenado alcança a reeducação e a ressocialização no cárcere, a partir do cumprimento da pena em regime de rigoroso confinamento (art. 30 do CP) até o livramento condicional, através de favores gradativos e sucessiva liberalização.

O que se verificou, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida, é que a suposta recuperação social dificilmente se consegue na prisão, que, ao contrário, deforma, corrrompe e avilta a personalidade, funcionando como fator criminógeno. Vejam-se, por característicos, os estudos de P. COPPOLA e outros *La prisonizzazione, in Quaderni de Criminologia Clinica*, 1965, pág. 1; OHM, *Persönlichkeit unter Freiheitsentzug*, 1964 e a obra notável de SCHULER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Uebergang*, 1969, pág. 233.

Tais observações não são novas, remontando aos movimentos de reforma do século passado, tendo surgido com a obra de LOMBROSO, *L'Uomo Delinquente*, 1897, vol. III, pág. 254 e v. LISZT, em seu famoso *Manifesto de Marburgo*, de 1882. Pouco progresso se fez em quase um século, mas pode-se dizer que hoje, pelo menos, as idéias estão mais claras, após a malograda experiência do sistema do duplo binário, que dominou os Códigos Penais após a primeira Grande Guerra.

O sistema progressivo faliu com a irreversível crise das prisões, cedendo passo a novos métodos de tratamento psicológico e a outras medidas que as leis penais modernas oferecem ao poder discricionário dos juizes, para afastar, sempre que possível, o réu primário e de bons antecedentes, da prisão.

A pena privativa da liberdade é, no Direito Penal moderno, a *ultima ratio* do sistema repressivo. Procura-se através da *descriminalização*, excluir a pena de todas as infrações leves (cf. o sistema alemão moderno de transformar todas as contravenções penais em

infrações administrativas) e que representem apenas o propósito de impor determinada atitude moral a certos tipos de comportamento, sem dano social considerável (*verbi gratia* numerosos crimes contra os costumes, adultério etc.) De outro lado, ampliam-se, nas leis penais de nosso tempo, os poderes do julgador na solução penal, permitindo-lhe várias possibilidades de suspender a sentença e a pena (inclusive a reincidentes), impondo sanções que não impliquem em prisão, como a multa, as interdições de direitos, as penas restritivas da liberdade.

São estas as idéias do Direito Penal de nossa época, em que a personalidade do réu e a conveniência de sua reinserção social dominam verdadeiramente o sistema punitivo, com o poder jurídico que tem o magistrado na aplicação e na execução da pena, não só para a realização da Justiça material como para atender às conveniências sociais da punição (cf. NOLL, *Die ethische Begründung der Stafe*, 1962, pág. 29).

Na interpretação da lei penal prevalecem os critérios valorativos e sistemáticos, em que se destaca o método teleológico. Como ensina BETTIOL (*Diritto Penale*, 8.^a ed., pág. 106), as normas não vivem como "mônadas" isoladas, como meras individualidades, entre os quais não há qualquer relação de parentesco, mas se reagrupam entre si, à base de critérios teleológicos formais, vale dizer, à base de critérios superiores aos fins próprios a cada uma das normas.

Ao interpretar um dispositivo de lei, não pode o juiz imaginá-lo isolado do complexo de valores em que se integra. E deve ter presente, como ensina

ROXIN (*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, trad. Madri, 1972, pág. 27), que os problemas políticos criminais, também configuram o conteúdo da teoria geral do delito de tal forma que o juiz não pode abstraí-los no processo exegético. (Cf. WÜRTENBERGER, *Strafrechtsdogmatik und Soziologie, in Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat*, 1970, pág. 27).

O Direito Penal é parte da Política Social, havendo problemas que não podem ser resolvidos com a lógica do sistema abstratamente considerado. Quando as questões são de política criminal não se resolvem, muita vez, adequadamente, com aquele "automatismo dos conceitos teóricos" de que fala JESCHECK, exigindo o processo exegético a "correção valorativa" a que alude ROXIN.

Parece não haver dúvida de que o instrumento decisivo para a exegese é a indagação quanto do fim a que a norma é disposta, ao tempo de sua aplicação. Veja-se a lição de MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 1965, pág. 87: "Decisivo é a tarefa da norma penal no presente" (*Gegenwartsaufgabe*). De tal forma, a interpretação não pode excluir a nova valorização social, os novos resultados da pesquisa científica, as novas situações emergentes e as novas concepções jurídicas.

Destaca-se, portanto, como elemento decisivo a função atual da norma, o que levou MEZGER (*Tratado de Derecho Penal*, trad., vol. I, pág. 145) a afirmar que a meta da interpretação é a adaptação da lei às necessidades e concepções do presente, dando, como KANTOROWICZ (*Tat und Schuld*, 1939, pág. 306), valor subsidiário até mesmo aos projetos de reforma.

Como ensina mestre SOLER, vol. I, pág. 158, devemos dizer que o problema, em vez de consistir em adequar a lei à atualidade, consiste em determinar o conteúdo atual da ordem jurídica com respeito ao caso concreto.

E esse conteúdo se alcança especialmente através de indagação finalística, sem que se considere aqui a vontade do legislador, mas, sim, a vontade objetiva da norma, embora a esta se possa chegar através da consideração de elementos de diversa ordem, inclusive históricos, sistemáticos e de política criminal. A lei é realmente uma força viva, e como diz HELLMUTH MAYER (*Strafrecht*, 1953, pág. 84), sempre mais inteligente que o legislador (*Insofern ist das Gesetz immer Klüger als der Gesetzgeber*).

A exata interpretação da lei penal repousa, mais do que qualquer outra, na inteligência e na sensibilidade jurídica e humana dos Juizes. No crime não se julgam relações jurídicas, como no cível, mas pessoas, quase sempre em situações dramáticas de sua existência, exigindo do magistrado uma capacidade de análise e consideração do caso concreto e da correspondente aplicação do sistema normativo em que a sua contribuição criadora é indispensável.

Ao juiz criminal ajusta-se particularmente a lição magistral de NÉLSON HUNGRIA, vol. I, pág. 68: "O Juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assenta com irrepreensível justeza as roupas feitas da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela".

Não temos a menor dúvida em afirmar que as infrações penais praticadas em concurso (material ou formal) não constituem *crimes autônomos* para os efeitos do art. 60, parágrafo único, do CP, e que, em consequência, podem ser somadas as penas impostas em virtude dos mesmos, para tornar possível o livramento condicional, ainda que nenhuma delas seja superior a três anos.

Não escapa ao entendimento do mais bisonho jurista que as situações de concurso de crimes estão fora da *ratio essendi* da proibição, que já expusemos.

A pena aplicada em razão do concurso é imposta numa só sentença e corresponde à reprovabilidade ético-jurídica global que recai sobre uma situação complexa trazida a julgamento. A sentença esgota o juízo sobre essa situação que deve ser unitariamente considerada como fato autônomo, para os efeitos do art. 60, parágrafo único, do CP.

Isso é evidente nos casos de *concurso formal* (uma só ação ou omissão e pluralidade de resultados, art. 51, § 1.º, do CP). *Aqui há um só comportamento no plano naturalístico*, com pluralidade de delitos (*exempli gratia*: o agente com um só disparo mata duas pessoas). Não pode caber dúvida de que isso constitui, no conjunto da valoração jurídica, o *crime autônomo* a que pretendeu referir-se o legislador ao tratar do livramento condicional.

O mesmo raciocínio se aplica aos crimes cometidos em concurso material (pluralidade de ação ou omissão e pluralidade de delitos), que deriva de um único acontecimento complexo, sobre o qual recai a reprovação jurídica através do pronunciamento unitário do juiz no processo.

Poderia dizer-se que a lei fala em *crime* e não em *fato*, e é verdade. Mas não pode aqui o intérprete se deixar levar pela interpretação literal (*littera occidit...*), que é de todas a mais enganosa e precária. Um exame lógico, teleológico e sistemático do texto, que considere, como é indispensável, as exigências da Política Criminal e as imposições atuais do ordenamento jurídico, não pode deixar de conduzir à conclusão de que o legislador quis referir-se a acontecimento unitário (simples ou complexo) quando, com imprecisão evidente, se referiu a *crime autônomo*. Ensinava o grande jurista WACH que o reconhecimento da possibilidade de erros de expressão e a admissibilidade da constatação desse fato é o pressuposto necessário de uma interpretação racional. A teoria da interpretação da lei não conhece o dogma da infalibilidade verbal.

E essa exegese (que nem sequer se poderia chamar de *arrojada* ou *revolucionária*, como é o caso, por exemplo, da que fizeram os tribunais brasileiros em matéria de responsabilidade civil, ao presumir a culpa do preponente pelos atos do preposto, em autêntica *luta corporal* com o texto, art. 1.523, do Código Civil), essa exegese, dizíamos, corresponde à lúcida e inteligente atividade de um magistrado consciente de sua verdadeira missão, que é também a de fecundar a lei para dela extrair o seu verdadeiro comando e a sua verdadeira *vontade*. “A verdadeira vontade, como ensina PHILIPPE HECK (*Interpretação da Lei e Jurisprudência de Interesses*, trad., 1951, pág. 60), em sentido normativo, não é a vontade histórica, mas a vontade *presente*.” Na determinação dessa vontade é necessário ter em conta que a lei não é sim-

ples amontoado de palavras, nem mesmo descrição de certos atos sem fim algum, mas sim indicação para o juiz dos interesses a proteger, que não podem deixar de ser considerados quando se procura descobrir o sentido e o alcance da norma. Nessa atividade o juiz não é um simples autômato, fazendo aquela contabilidade de conceitos em que só há responsabilidade pelo rigor da conta, mas não dos números que são fornecidos.

No sentido do entendimento que aqui sustentamos pronuncia-se o doutíssimo JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado*, vol. III, pág. 278): “Nos casos de concurso material em que os crimes são conexos, também não se aplica a proibição do art. 60, parágrafo único uma vez que a conexão salvo a de ordem instrumental (CPP, art. 76, n. III). sempre estabelece um liame entre as infrações que diminui o caráter autônomo destas. O mesmo se diga dos casos de continência de crimes (art. 77, do CPP)”.

O TJ do antigo DF em acórdão relatado pelo Des. MAFRA DE LAET decidiu com exatidão: “As penas privativas de liberdade, ainda que qualquer delas não seja superior a três anos, podem somar-se, para o efeito da concessão do livramento, se não correspondem a crimes autônomos, e sim a um crime único.” (*Arg. Jud.*, 79/163).

O CP de 1969, excluindo qualquer dúvida deixa explícito o que na lei atual, com evidente imprecisão, está implícito e em sua vontade: “No caso de condenação por infrações penais em concurso, deve ter-se em conta a pena unificada” (art. 75, § 1.º). A significação exegética desse dispositivo não precisa ser destacada, após tudo o que já deixamos consignado.

Prescrição pela pena concretizada. Tempo decorrido entre o fato e a denúncia

Levando a teoria da prescrição pela pena em concreto às últimas consequências, o STF já concedeu HC, reconhecendo a prescrição pela pena em concreto em vista do tempo decorrido entre a data da execução do crime e a denúncia (HC n. 42.638, 43.166, 43.600 etc.). Cf. FRAGOSO, *Jurispr. Crim.*, n. 361.

Seguindo, entretanto, a orientação que agora prevalece, que é a de dar à *Súmula* n. 146 interpretação restrita, o STF tem limitado o reconhecimento da prescrição pela pena em concreto exclusivamente à hipótese de sentença condenatória de que só o réu tenha recorrido, referida ao lapso de tempo entre a denúncia e a sentença.

Decidindo o HC n. 51.306, a 2.ª Turma do STF, por unanimidade, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, afirmou: “Prescrição. Súmula n. 146. Não se aplica ao período de tempo compreendido entre o fato criminoso e o recebimento da denúncia. Supõe interposição de recurso da defesa. Jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal”. (DJ, de 14.9.1973, pág. 6.740).

A 3.ª Turma do TFR, no julgamento da AC n. 1.925, relator o eminente Min. HENOCK REIS, igualmente assentou que a prescrição pela pena em concreto não retroage à data do fato, mas à data da denúncia. (TFR *Jurispr.*, 37/109).

O CP de 1969 terminava com a prescrição pela pena em concreto, mas o projeto de emendas do executivo a restabelece, de modo a evitar qualquer dúvida.

Prisão administrativa. Inaplicável a contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados

O HC impetrado em favor dos diretores da fábrica de cigarros Sudan proporcionou decisões importantes do TFR e do STF em matéria de Direito Penal Tributário. Os impetrantes impugnaram ato do Ministro da Fazenda que impôs em 19.9.1968 a prisão administrativa dos pacientes, como responsáveis pelo recolhimento do imposto sobre produtos industrializados correspondente à venda de cigarros, com fundamento no art. 2.º do DL n. 326, de 3.5.1967, e no DL n. 3.415, de 10.7.1941, em virtude da retenção ilegal dos tributos.

Sustentaram os impetrantes ser inconstitucional a prisão civil por dívida fora dos casos do depositário infiel e do devedor de pensão alimentar, não podendo o fatos atribuídos aos pacientes situar-se fora da esfera do mero ilícito fiscal, com as sanções jurídicas que lhe correspondem.

Foi a ordem concedida pelo TFR por maioria de cinco votos contra quatro, sendo vencido o relator, o eminente Min. AMARÍLIO BENJAMIN. Dessa decisão recorreu a União Federal extraordinariamente, sendo a matéria reapresentada ao STF, em tribunal pleno (RE n. 67.668, relator designado o ilustre Min. PEÇANHA MARTINS). Estando impedidos três Juizes (Min. OSWALDO TRIGUEIRO, ELOY DA ROCHA e BARROS MONTEIRO) e ausente o Min. ALIOMAR BALEEIRO, foram convocados, para completar o *quorum* os Mins. ANTÔNIO NEDER, PEÇANHA MARTINS e NERI DA SILVEIRA, do TFR.

O STF conheceu do recurso (contra o voto do ilustre Min. AMARAL SANTOS)

e lhe negou provimento (contra os votos dos eminentes Mins. ADALÍCIO NOGUEIRA, NERI DA SILVEIRA e ANTÔNIO NEDER), confirmando ser inaplicável a prisão administrativa aos contribuintes do imposto sobre produtos industrializados (RTJ, 59/727).

O art. 2.º do DL n. 326, dispõe: "A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do CP, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.

Parágrafo único. A ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual, a autoridade de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após decisão final condenatória proferida na esfera administrativa".

Esse DL foi expedido pelo Presidente da República na vigência da CF de 1967, com base em seu art. 58, item II, que permite ao Presidente legislar por decreto, em casos de urgência ou de interesse público relevante, sobre matéria de segurança nacional e finanças públicas. Dispõe sobre o recolhimento do imposto sobre produtos industrializados, modificando em parte a Lei n. 4.502. Introduziu, no entanto, em seu art. 2.º, norma penal pessimamente concebida, na qual se diz constituir o crime de apropriação indébita a utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tri-

buto, fixando inclusive uma responsabilidade objetiva, intolerável.

Essa técnica da equiparação de certos fatos à apropriação indébita constitui grave erro, infelizmente comum em nossa legislação. Veja-se, por exemplo, o art. 11 da Lei n. 4.357 (imposto de renda cobrado na fonte) e o art. 86 da Lei Orgânica da Previdência Social (retenção da contribuição previdenciária).

Como já tivemos ocasião de assinalar (HELENO C. FRAGOSO, *O novo Direito Penal Tributário e Econômico*, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, 12/63), a lei não deixa dúvidas quanto à natureza da equiparação, que é *quoad substantiam*, ou seja, para todos os efeitos jurídicos. Isso significa que na configuração desses novos delitos devem estar reunidas todas as características do crime de apropriação indébita, que se dirige contra a propriedade e não contra a posse. Na apropriação indébita, como é óbvio, o agente tem a posse ou a detenção da coisa e o dolo há de consistir na vontade dirigida à apropriação, ou seja, a tornar o agente sua a coisa, dela dispondo como proprietário (*uti dominus*). É o *animus rem sibi habendi*.

Ora, isso não se verifica jamais no caso de contribuintes que, atravessando dificuldades, deixam de recolher a contribuição ou o tributo na época de vida. Isso foi o que assinalou com exatidão, o eminente Min. MOREIRA RABELLO, no julgamento do HC, no TFR: "Assim, para que a apropriação indébita tenha lugar é preciso, primeiro, que se configure a negativa de devolver a coisa, negativa esta que, sendo o elemento material do delito, deve revelar-se de forma clara, iniludível e

concreta, caracterizando o *animus rem sibi habendi*. Ora, do que li e do que aprendi dos autos, nunca, em tempo algum, manifestou a impetrante a intenção de não restituir o imposto em tela". Falharam todas as tentativas de aplicação do art. 86 da Lei Orgânica da Previdência Social, precisamente porque jamais se configura, no plano jurídico, uma apropriação indébita, com o não recolhimento das contribuições previdenciárias na época própria. Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.* n. 27.

Não nos parece, por outro lado que, o contribuinte tenha a condição jurídica de *depositário*, em relação aos tributos devidos, mas sim a de *devedor*. A decisão do TFR, que o proclama expressamente, é incensurável. Como afirmou o eminente Min. MÁRCIO RIBEIRO, (a atual lei sobre imposto de consumo ou imposto sobre produtos industrializados considera obrigado ao pagamento como contribuinte originário o produtor, com relação às mercadorias saídas da fábrica. Assim, não tem lugar mais a imposição pelo chamado fenômeno da "repercussão na incidência". O devedor é o próprio fabricante. Ele não pode ser considerado depositário de ninguém. Sua relação com o fisco é puramente fiscal e, assim, não seria possível decretar a sua prisão civil, por estar na indevida posse de dinheiro pertencente ao erário público". Daí entender, com razão, o Min. ADAUTO CARDOSO, que o art. 2.º do DL n. 326 estabeleceu uma situação irreal, que briga com os fatos: "É um caso de prisão civil por dívida de impostos, vestindo-se o contribuinte, repito, contra a natureza das coisas, com a qualidade de depositário do tributo que ele próprio paga."

Foi argüida a inconstitucionalidade do art. 2.º do DL n. 326, sob funda-

mento de que o Presidente da República não está autorizado a legislar por decreto em matéria de Direito Penal. A norma contida no art. 85 da CF de 1967 (atual art. 55) deve ser interpretada estritamente, dado o seu caráter excepcional. A legislação por decretos é perigosa e comprometedora dos princípios que regem uma legalidade democrática (cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*), tendo em vista os abusos a que pode conduzir, sobretudo em matéria penal. A vigente lei de segurança nacional é exemplo eloquente.

A inconstitucionalidade do art. 2.º do DL n. 326, que nos parece irrecusável, foi proclamada pelos ilustres Mins. PEÇANHA MARTINS, AMARAL SANTOS e ADAUCTO CARDOSO. Os demais juízes que votaram com a maioria, não julgaram necessário enfrentar a questão.

A aplicação do art. 2.º do DL n. 326 suscitou, com razão uma outra reserva. É que ele estabelece caso de extinção do crime (!) se pago o débito espontaneamente ou quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância. E o parágrafo único indica que a ação penal só poderá iniciar-se após a decisão administrativa. Isso significa que o débito tem que estar apurado na esfera administrativa, em *quantum* determinado, o que na hipótese não havia sido feito.

O eminente Min. ARMANDO ROLEMBERG observou com precisão: "Para que se configure o ilícito penal é necessário que o contribuinte desvie a importância do imposto, circunstância que somente pode ser apurada em processo administrativo regular. Enquanto não realizado este, não há apropriação apurada e, conseqüentemente, lugar para a

decretação de prisão administrativa. Cabe lembrar, em favor de tal conclusão, que, de acordo com o DL n. 326, art. 2.º, até o final do processo administrativo, o contribuinte pode recolher o imposto, sem que a demora em fazê-lo configure crime." No mesmo sentido pronunciou-se certamente, o ilustre Min. MÁRCIO RIBEIRO, em seu excelente voto.

Finalmente considerou o tribunal a possibilidade, que recusou, da prisão administrativa em relação aos contribuintes de impostos.

A prisão administrativa está prevista no art. 1.º do DL n. 3.415, que dispõe: "Aos Ministros de Estado, ao Diretor-Geral da Fazenda Nacional e, nos Estados, aos Chefes de repartições federais que mandem prender administrativamente todo e qualquer responsável pelos valores, dinheiro e materiais sob a guarda da Fazenda Nacional ou a esta pertencente, nos casos de alcance, remissão ou omissão em fazer as entregas nos devidos prazos e nos casos de desvio de materiais, também compete decretar a prisão administrativa dos que, por qualquer modo, se apropriarem do que pertença ou esteja sob a guarda da Fazenda Nacional ou a de quem, sendo ou não sendo funcionário público, haja contribuído, material ou intelectualmente, para a execução ou ocultação desses crimes".

O art. 319, n. I, do CPP estabelece que a prisão administrativa terá cabimento "contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam".

Largo debate suscitou no passado a questão de saber se a prisão administrativa podia ser aplicada também

quanto ao autor ou partícipe de ilícito penal que não fosse funcionário público (cf. GONÇALVES DE OLIVEIRA, *Da Prisão Administrativa*, Rev. Dir. Adm., 2/215). Após o advento do DL n. 3.415 cessou a dúvida. Mas resta saber se a prisão administrativa do *extraneus* se resume aos casos de participação em peculato, ou de receptação, a que expressamente alude. A resposta afirmativa, dada pelo TFR e mantida pelo STF parece-nos irrecusável.

A decisão do TFR que o STF confirmou pode ser assim sintetizada: 1) — nos termos do que expressa o art. 2.º do DL n. 326, de 1967, necessário é que o contribuinte utilize a quantia do IPI em fim diverso do seu recolhimento ao Tesouro para que se configure o crime de apropriação indébita definido no art. 168 do CP; 2) — essa conduta deve ser apurada em processo administrativo, e na inexistência deste não se tem como decretar a prisão; 3) — a prisão administrativa a que se refere o DL n. 3.415, de 10.7.1941 só se aplica ao funcionário público e ao *extraneus* que tenham praticado o crime de peculato; 4) — os pacientes, não sendo depositários, mas devedores, a eles não se aplica a medida da prisão administrativa.

A prisão de contribuintes imposta pelo Ministro da Fazenda, seja qual for a situação em que ocorra, é odiosa e intolerável. A prisão administrativa existe como medida coerciva a ser aplicada contra o funcionário, pressupondo um vínculo de subordinação, para forçá-lo a devolver os valores de que indebitamente se apropriar ou que tenha desviado. Quem, não sendo funcionário, pratica crime contra a Fazenda Nacional pode e deve ser processado, mas as medidas

que atingem a sua liberdade pessoal só podem ser impostas por um Juiz, nos casos expressamente previstos na lei, com as garantias que lhes são elementares.

Prisão especial cessa com a condenação definitiva

O art. 295 do CPP, disciplinando o direito a prisão especial, limita-o ao período anterior à condenação definitiva. Tal regra não admite dúvidas. Decidindo o RHC n. 51.295, relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, o STF, por sua 1.ª Turma, reafirmou-a, por unanimidade: "Prisão especial. Direito que, assegurado no curso do processo, cessa com a condenação definitiva". (DJ de 14.9.1973, pág. 6.740)

Propriedade industrial. Violação de patente

Não se configura a violação de privilégio de invenção, prevista no art. 169, n. III, do Código da Propriedade Industrial (DL n. 7.903, de 1945), sem que haja patente válida em vigência. A ação delitosa consiste em "violar direitos de privilégio de invenção", importando, vendendo, expondo à venda, ocultando ou recebendo, para o fim de ser vendido, produto fabricado com violação de privilégio de invenção.

O TA da Guanabara, por sua 2.ª C. Crim., relator o ilustre Juiz OCTÁVIO PINTO, no julgamento da AC n. 7.346, decidiu: "Contrafação de Patente de Invenção. Em vigor o DL n. 7.903, de 27.8.1945. Inexistência do delito porque a falsificação ou imitação (equivalente técnico) foi feita an-

tes da expedição da patente, quando havia apenas uma expectativa de direito. O depósito ocultamento do produto ilegal só incide nas penas do art. 169, n. III para o fim de ser vendido". (DO de 3.9.1973, pág. 11.555).

O CP de 1969, acentuando ainda mais o sentido da ação delituosa, capitula o delito entre os "crimes contra patente de invenção", e não "contra privilégio de invenção", como dispõe o DL em vigor.

Reincidência específica. Estelionato e apropriação indébita

A reincidência específica entre o crime de estelionato e o de apropriação indébita foi afirmada, corretamente, pelo STF, no RHC n. 50.713, por sua 2.ª Turma, por unanimidade, relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER (DJ de 13.4.1973, pág. 2.391).

O critério aritmético previsto pelo CP em vigor para o aumento obrigatório da pena em caso de reincidência específica, e o próprio conceito desta, são evidentemente anacrônicos e desaparecerão de nossa futura legislação penal. Cf. CP de 1969.

Reincidência específica. Furto e estelionato

No julgamento da AC n. 7.570, a 1.ª C. Crim. do TA da Guanabara, relator o ilustre Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, por unanimidade decidiu que "são crimes da mesma natureza, para o reconhecimento da reincidência específica, o estelionato e o furto". (DO de 9.7.1973, pág. 8.834). Anteriormente a 1.ª C. Crim. do mesmo Tribunal havia decidido em sentido contrário,

a nosso ver sem fundamento. Cf. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n. 407.

Revisão criminal. Reiteração. Prova nova

Tratando da revisão criminal, o CPP, em seu art. 622, parágrafo único, estabelece que "não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas".

O TA da Guanabara, por suas C. Crim. Reunidas, na Rev. C. n. 133, definiu, com acerto, os limites da disposição legal, assentando: "A locução *reiteração do pedido* usada pelo parágrafo único do art. 622 do CPP se refere à repetição do pedido de revisão com os mesmos fundamentos do anterior, só nesta hipótese se exigindo provas novas. Bem resumem o entendimento do acórdão, a respeito de reiteração de um pedido de revisão, as seguintes palavras de OTTO SCHWARZ (*Strafprozessordnung*, Munchen und Berlin, 1960, pág. 491): Para fatos antes afirmados impõe-se novas provas, mas para fatos novos bastam antigas provas.

"Em matéria de revisão, *provas novas* são também aquelas que, embora já produzidas no processo em que foi condenado o requerente, não foram antes avaliadas pela sentença."

Foi relator o eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO (DO de 17.9.1973, pág. 12.267).

Sentença. Nulidade por deficiência de relatório

No HC n. 2.619, anulou o TFR (pleno) sentença condenatória sem moti-

vação. Embora longa, a sentença se limitava a transcrever a denúncia e o relatório do processo administrativo sobre os fatos da causa. Como salientou o eminente relator, Min. PEÇANHA MARTINS, em seu voto, a sentença transcrevia parte do relatório do encaregado do inquérito, aludindo às atividades de cada um dos réus, e ter-

minava, inopinadamente, julgando procedente a denúncia e condenando. "Uma sentença assim proferida, sem relatório, e sobretudo sem estabelecer a menor relação com a impugnação ou defesa dos acusados, não tem força para determinar a prisão de ninguém." A decisão foi unânime. (TFR *Jurispr.*, 37/137).

Liberdade de imprensa e segurança nacional

(Decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso de New York Times e Washington Post.)

Ns. 1.873 e 1.885 — Exercício de outubro, 1970

New York Times Company, Impetrante, 1973, v. Estados Unidos, *Writ of Certiorari* contra a Corte de Apelação do Segundo Circuito*

Estados Unidos, Impetrante, 1.885, v. *The Washington Post Company* e outros. *Writ of Certiorari* contra a a Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia

30 de junho de 1971

Acórdão

Concedemos *certiorari***, nestes casos em que os Estados Unidos querem proibir o *New York Times* e o *Washington Post* de publicar o conteúdo de um

* O sistema judiciário federal dos Estados Unidos tem onze Cortes de apelação, divididas em onze circuitos, que reúnem vários distritos. A Corte de Apelação do 2.º Distrito abrange os distritos de Nova Iorque, Vermont e Connecticut (Nota da redação).

** O *Writ of Certiorari* é um mandado através do qual a Corte Suprema determina a um tribunal federal, ou a um tribunal estadual de última instância, a reforma de uma decisão por eles proferida. (Cf. E. ALLAN FARNSWORTH, *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*, págs. 52 e 53, Ed. Cia. Editora Forense, Rio-São Paulo).

A Corte Suprema também se vale do *writ*, para determinar aos tribunais referidos a subida de autos, visando ao melhor exame da decisão proferida na instância inferior. (Cf. WALLACE S. SAYRE, *American Government*, pág. 90, 15ª ed., Barnes & Noble, Inc., New York, 1966), caso em que os seus efeitos são análogos aos do agravo de instrumento no Direito brasileiro.

Assim, o *New York Times* pediu à Suprema Corte um mandado de retificação (*Writ of Certiorari*) da decisão que lhe fora desfavorável, no que obteve êxito, ao

estudo secreto intitulado "Processo de Tomada de Decisões dos Estados Unidos sobre a Política no Vietnã" — U. S. — (1971).

"Milita, nesta Corte, uma presunção de inconstitucionalidade de todas as medidas de restrições prévias ao exercício da liberdade de expressão". *Bentam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U. S. 58, 70 (1963); ver também *Near. v. Minnesota*, 283, U. S. 697 (1931). Ao governo "incumbe o pesado ônus de elidir a presunção, apresentando justificativa para a imposição dessas restrições prévias". *Organization for a Better Austin v. Keefe*, U. S. (1971). A Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque, no caso *New York Times* e a Corte Distrital do Distrito de Colúmbia, apoiada pela Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia, no caso de *Washington Post*, entenderam que o Governo não elidiu a presunção. Concordamos.

O acórdão da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia é, portanto, mantido. O acórdão da Corte de Apelações do 2.º Distrito é anulado e o processo devolvido ao tribunal de origem, com a recomendação de que seja adotada, em julgamento final, a decisão do Tribunal Distrital do Distrito de Nova Iorque. As liminares que deram entrada no dia 25 de junho de 1971 são cassadas pela Corte. Sejam os mandados expedidos imediatamente.

Juiz MARSHALL, voto vencedor.

O Governo pretende que, na hipótese, o único problema a ser discutido é se num processo movido pelos Estados Unidos, "a Primeira Emenda à Constituição impede um Tribunal de proibir um jornal de publicar matéria cuja revelação constitui perigo grave e iminente para a segurança dos Estados Unidos". *Sumário* do Governo, item 6. Com o devido respeito, acho que o principal problema, no caso, em tela, é mais complexo do que pretende o Procurador-Geral. A questão é saber se esta Corte ou o Congresso tem poder de legislar.

Não se trata aqui de examinar o problema com relação ao poder do Presidente de classificar uma informação como "secreta" ou "secretíssima". O Congresso tem reconhecido especificamente a autoridade do Presidente, que foi exercida formalmente no Decreto n. 10.501, de classificar documentos e informações. Ver, por exemplo, 18 U.S.C., § 798; 50 U.S.C., § 783.¹ Nem vem ao caso aqui a consideração do poder do Chefe do Executivo e do Comandante-em-Chefe de preservar a segurança nacional, punindo funcionários que revelam informações e tomando precauções para evitar que as mesmas transpirem.

passo que os Estados Unidos não conseguiram o *writ*, para anular as decisões contrárias às suas pretensões, relativamente ao *Washington Post* e outros.

Deve ser notado que inexistem semelhanças entre o mandado de segurança brasileiro e o *writ of certiorari* americano, posto que aquele é ação e este, *recurso*. muito embora possam ser obtidos, através dos dois remédios, resultados análogos (N. T.).

1. Ver n. 3, *infra*, § 798, do título 18, e § 783, do título 50 do Código dos Estados Unidos. (As referências nesta tradução serão mantidas no original, em notas explicativas, quando oportunas).

O problema, na espécie, é saber se o Executivo tem autoridade para invocar a "jurisdição de equidade desta Corte, para proteger o que acredita ser do interesse nacional". Ver *in re Debs*, 158 U.S. 564, 584 (1895). O Governo argumenta que, além do poder de se defender, inerente a qualquer governo, o poder do Presidente de conduzir os negócios exteriores e sua condição de Comandante-em-Chefe conferem-lhe autoridade para impor censura à imprensa, para proteger sua capacidade de tratar eficientemente com nações estrangeiras e conduzir os assuntos militares do país. Evidentemente, ninguém contesta que o Presidente dispõe de amplos poderes, por força de sua principal responsabilidade pela condução dos negócios exteriores e de sua condição de Comandante-em-Chefe. *Chicago & Soutres Air Lines, Inc. v. Waterman Corp.* 333 U.S. 103 (1948); *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 93 (1943); *United States v. Curtis — Whight Export Co.*, 299 U.S. 304 (1936).² E em certos casos pode acontecer que, quaisquer que sejam os poderes inerentes que o governo possa ter, além da autoridade implícita derivada do mandato presidencial para conduzir os negócios externos e agir como Comandante-em-Chefe, haja fundamento para se invocar a jurisdição de equidade deste Tribunal como ajuda para evitar a publicação de matéria prejudicial à "segurança nacional", seja qual for a definição que se der a esse termo.

Seria, entretanto, inteiramente incompatível com o conceito de separação de poderes usar este Tribunal de seu poder de coerção para proibir um comportamento que o Congresso não se dignou proibir especificamente. Seria igualmente prejudicial ao conceito da trilogia de poderes do Governo, se o Executivo investido da autoridade conferida pelo Congresso para preservar a "segurança nacional", preferisse invocar o poder de coerção de um tribunal para defender seu comando ameaçado. A Constituição provê que o Congresso fará as leis, que o Presidente as executará e os tribunais as interpretarão. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). Não provê um governo de injunção em que os tribunais e o Executivo possam "fazer leis" independentemente da ação do Congresso. Pode ser mais cômodo para o Executivo, se necessário, convencer um juiz a proibir uma ação do que pedir ao Congresso a aprovação de uma lei, como pode ser mais cômodo executar um mandado judicial do que procurar uma condenação por crime num júri. Além disso, talvez seja politicamente prudente levar um tribunal a partilhar a responsabilidade pela detenção das pessoas que, conforme o Executivo tem razões suficientes para acreditar, violam a lei. Mas a conveniência e as considerações políticas do momento não justificam o desvio fundamental dos princípios de nosso sistema de governo.

Neste caso, não estamos numa situação em que o Congresso tenha deixado de prover o Executivo de amplos poderes para proteger a Nação contra a revelação de prejudiciais segredos de Estado. O Congresso tem dispensado, em várias ocasiões, muita atenção ao problema da proteção dos segredos militares e estratégicos dos Estados Unidos. Essa atenção tem resultado na aprovação de leis que estabelecem ser crime receber, revelar, comunicar, reter e publicar

2. Ver, porém, *Kent V. Dulles*; 357 U.S. 116 (1958); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

certos documentos, fotografias, instrumentos, dispositivos e informações. A essência dessas leis pode ser encontrada no capítulo 37 do Código dos Estados Unidos, título 18, Espionagem e Censura.³ Naquele capítulo, o Congresso estabeleceu penas que vão da multa de 10.000 dólares até à pena de morte pela transgressão de várias leis.

Assim, pareceria que, para este Tribunal ordenar uma proibição, seria necessário demonstrar que essa proibição aumentaria o poder de agir do Governo, já existente. Ver *Bennett v. Laman*, 277 N. Y. 368, 14, N. E. 2d 439 (1938). É um axioma tradicional de equidade que um tribunal de justiça não fará uma coisa inútil, do mesmo modo como é um princípio tradicional que a justiça não impedirá a perpetração de um crime. Ver *Z. Chaffe & E. Re. Equity* 935-954 (5 th. ed., 1967); 1 H. Joyce, *Injunctions*, §§ 58-60a (1909). No caso presente não se procurou fazer essa demonstração. O Procurador-Geral não chega nem mesmo a mencionar em seu sumário se o Governo considera haver motivo plausível para se crer que um crime tenha sido cometido, ou se existe uma conspiração para se cometer futuros crimes.

Se o governo tivesse tentado demonstrar que não havia remédio eficiente dentro da lei criminal tradicional, teria tido de demonstrar que não existe uma lei que se pudesse aplicar. Evidentemente, a esta altura, este Tribunal não podia e não pode determinar se houve violação de alguma lei nem decidir

3. Há várias outras provisões legais que proíbem e punem a divulgação de informações, cuja revelação o Congresso acreditou fosse suficiente para pôr em perigo a segurança nacional, para justificar essa medida. Essas provisões incluem os §§ 2.161 e 2.165 do título 42 do Código dos Estados Unidos em relação à competência da Comissão de Energia Atômica para classificar ou desclassificar "Dados Reservados" (Dados Reservados é um termo técnico empregado exclusivamente pela Lei da Energia Atômica). O § 2.162 do título 42 do Código dos Estados Unidos autoriza, especificamente, a Comissão de Energia Atômica a classificar certos dados. O § 2.274 do título 42, subseção (a) estabelece as penas para a pessoa "que comunica, transmite ou revela... com a intenção de prejudicar os Estados Unidos ou com a intenção de beneficiar alguma nação estrangeira..." "Dados Reservados". A subseção (b) do § 2.274 prevê penas menores para quem "comunica, transmite ou revela" esses dados "com motivos para acreditar que tais dados serão utilizados em prejuízo dos Estados Unidos ou em benefício de alguma nação estrangeira..." Outras seções do Título 42 do Código dos Estados Unidos, que tratam de energia atômica, proíbem e punem a aquisição, transferência, guarda, falsificação, alteração, mutilação ou destruição de documentos que integrem os "Dados Reservados" e provêm apenas para empregados ou ex-empregados da Comissão de Energia Atômica, dos serviços de segurança, de empreiteiros e concessionários da mesma Comissão. Título 42 U.S.C. §§ 2.276, 2.277. O Título 50 do Código dos Estados Unidos, § 781 do Apêndice (parte da Lei de Defesa Nacional de 1941, emendada, 55 Stat. 236) proíbe a confecção ou qualquer representação de instalações militares ou de qualquer equipamento militar localizado em qualquer instalação militar, conforme se especifica; e, na realidade, o Congresso, na Lei de Defesa Nacional, estendeu a jurisdição dos tribunais federais distritais a ações civis "para punir qualquer violação dessa lei", 50 U.S.C. App. § 1.152. O § 783 (b) do Título 50 do Código dos Estados Unidos declara ser ilegal oficiais ou funcionários dos Estados Unidos comunicarem matéria, que tenha sido "classificada" pelo Presidente, a qualquer pessoa que o funcionário do Governo sabe ou tem razão para crer que seja agente ou representante de algum governo estrangeiro ou de alguma organização comunista".

sobre a constitucionalidade de alguma lei. Isso não aconteceria se algum processo de boa-fé tivesse sido instituído sob alguma lei.

Pelo menos uma das muitas leis neste campo parece ser aplicável neste caso. O Congresso estabeleceu no § 793 do Título 18 do Código dos Estados Unidos (e) que quem quer que "tendo posse ilegítima", acesso, ou controle de documento escrito, código, livro de sinais... ou de alguma nota relativa à defesa nacional, ou de informação relativa à defesa nacional, informação que seu possuidor tenha razão para crer possa ser usada em prejuízo dos Estados Unidos ou em benefício de alguma nação estrangeira, e voluntariamente comunicar, entregar, transmitir... os mesmos a alguma pessoa não autorizada a recebê-los, ou retê-los voluntariamente e deixar de os entregar ao oficial ou empregados dos Estados Unidos credenciado a recebê-los... será punido com multa de até 10.000 dólares ou condenado a até 10 anos de prisão, ou a ambas as penas". 18 U.S.C., § 793 (e). O Congresso declarou também ser crime conspirar para cometer qualquer uma das transgressões enumeradas no citado parágrafo.

É verdade que o Juiz GURFEIN achou que o Congresso não tinha considerado crime a publicação dos itens e matéria especificados no § 793 (e): Para ele as palavras "comunicar, entregar, transmitir..." não se referem à publicação de reportagens jornalísticas. E essa opinião encontra certo apoio na história legislativa e se ajusta à praxe antiga de usar a lei só para processar os acusados de espionagem comum. Mas vejam 103 *Cong. Rec.* 10.449 (*) (observações do Sen. HUMPHREY). A opinião que GURFEIN tem da lei não é, entretanto, a única interpretação plausível. Ver o parecer favorável de meu colega WHITE.

Mesmo que ficasse demonstrado que o governo não podia em boa-fé processar criminalmente o *New York Times* e o *Washington Post*, estaria patenteado que o Congresso rejeitou especificamente aprovar leis que dessem evidentemente ao Presidente o poder que pretende obter com este writ e tornassem ilegal a atividade atual dos jornais. Uma vez que o Congresso não quis especificamente determinar a ilegalidade de uma conduta, não cabe a este Tribunal decidir sobre essa questão — passando por cima do Congresso. Ver *Youngstown Sheet & Tube v. Sawyer*, 345 U.S. 579 (1952).

Pelo menos em duas ocasiões, o Congresso se recusou a aprovar lei que teria tornado ilegal uma conduta dessa espécie e dado ao Presidente o poder que procura neste caso. Em 1917, durante o debate sobre o anteprojeto da Lei contra a Espionagem, até então as provisões básicas do § 793, o Congresso rejeitou uma proposição que dava ao Presidente, no tempo de guerra ou de ameaça de guerra, a autoridade para proibir diretamente, por decreto, a publicação de informações referentes à defesa nacional, que pudessem ser úteis ao inimigo. A proposição estabelecia que: "durante qualquer emergência nacional resultante de uma guerra de que os Estados Unidos fizessem parte, ou de ameaça dessa guerra, o Presidente pode, por decreto, proibir a publicação ou comunicação, ou a tentativa de publicar ou de comunicar qualquer informação

(*) Atas do Congresso (N. T.).

referente à defesa nacional que, a seu critério, seja de tal natureza que beneficie ou possa beneficiar o inimigo. Quem violar essa proibição deverá ser punido com multa de até 10.000 dólares ou por condenação a até 10 anos de prisão, ou a ambas as penas: *Ressalva*: Nada nesta seção será interpretado como limitante ou restritivo de qualquer discussão, comentário ou crítica de leis ou políticas do Governo ou de seus representantes, ou da publicação dos mesmos". 55 *Cong. Rec.* 1763.

O Congresso rejeitou essa proposição quando a guerra contra a Alemanha tinha sido declarada, embora muitos acreditassem que houvesse uma grave emergência nacional e que era séria a ameaça à segurança e à espionagem. O executivo não foi ao Congresso pedir a reconsideração dessa decisão. Em vez disso, vem a este Tribunal pedir que lhe seja dado o poder que o Congresso lhe negou.

Em 1957, a Comissão sobre a Segurança Nacional dos Estados Unidos achou que "diários de bordo, revistas científicas e até os jornais diários publicaram artigos que continham informação e outros dados que deveriam ter sido eliminados total ou parcialmente por razões de segurança". Para resolver esse problema, a Comissão, então presidida pelo Sen. COTON, propôs que "o Congresso aprovasse uma lei que declarasse ser crime uma pessoa revelar, voluntariamente, sem a necessária autorização, para qualquer fim, informações classificadas como *secretas* ou *secretíssimas*, sabendo ou tendo razões para acreditar que tais informações tivessem sido assim classificadas". Relatório da Comissão sobre Segurança 619-620 (1957). Levada a plenário, após acalorada discussão, a proposição foi rejeitada. Ver 103 *Cong. Rec.* 10447-10450. Se a proposição levada a plenário pelo Sen. COTON tivesse sido aprovada, a publicação dos documentos aqui envolvidos teria sido, sem sombra de dúvida, um crime. O Congresso, entretanto, recusou-se a considerá-la como tal. O Governo vem pedir a esta Corte que tome a decisão. Esta Corte não tem poderes para isso.

Ou o Governo tem o poder legal de usar o tradicional código criminal para proteger o país ou, se não há fundamento para provar que o Congresso tornou a atividade um crime, então é claro que o Congresso negou-se taxativamente a conceder ao Governo a autoridade que vem buscar neste Tribunal. Em ambos os casos, esta Corte não tem autoridade para conceder o amparo solicitado. Não compete a esta Corte imiscuir-se em todas as infrações cometidas por algum funcionário do Governo nem assumir o encargo de legislar, sobretudo uma lei que o Congresso não quis aprovar.

Creio que o julgamento da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia deve ser mantido e o julgamento da Corte de Apelação do Segundo Circuito deve ser tornado sem efeito e convertido em diligência.

Juiz BRENNAN, voto vencedor.

I

Dou meu voto, separadamente, nestes casos, só para ressaltar o que deveria ser evidente: que nosso juízo nestes processos não pode ser tomado para mostrar a conveniência, no futuro, de se emitirem restrições temporárias e mandados

de impedimentos de publicação de matéria a ser eliminada a pedido do Governo. Ao que sei, nunca os Estados Unidos procuraram proibir um jornal de publicar uma informação em seu poder. A relativa novidade das questões apresentadas, a necessária rapidez com que as decisões foram tomadas, a magnitude dos interesses em jogo e o fato de terem as partes concentrado seus argumentos na questão da justiça de restrições permanentes, podem ter justificado pelo menos algumas das restrições até então impostas nestes casos. Sem dúvida alguma, é difícil censurar os vários tribunais inferiores por procurar assegurar que as questões aqui envolvidas fossem reservadas para um último julgamento por esta Corte. Mas mesmo se se admitisse que algumas das restrições provisórias fossem justas, nos dois casos que temos diante de nós, essa concessão não tem a ver com a justeza de semelhante ação judicial no futuro. Antes de tudo, houve agora muito tempo para se refletir e julgar; quaisquer que sejam os valores que possam haver na preservação de novas questões para revisão da apelação, não dão amparo a quaisquer restrições no futuro. Mais importante, a Primeira Emenda funciona como um impedimento absoluto à imposição de restrições judiciais em circunstâncias da espécie apresentada nestes casos.

II

O erro que se difundiu nestes casos, desde o início, foi a concessão de qualquer amparo de interdição, provisória ou não. Toda a ênfase da reivindicação do Governo, nestes casos, concentrou-se em que a publicação da matéria a ser eliminada "podia" ou "poderia" ou pode prejudicar, sob vários aspectos, o interesse nacional. Mas a Primeira Emenda não admite, sob qualquer hipótese, quaisquer restrições judiciais à imprensa, baseadas em suposições ou conjecturas de possíveis consequências desagradáveis.¹ Nossa jurisprudência, é verdade, tem mostrado que há uma única classe de casos, muito restrita, em que o proibição da Primeira Emenda de restrições judiciais prévias pode ser desatendida. Nossos julgados têm mostrado, até aqui, que tais casos só podem surgir quando a Nação "está em guerra", *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919), tempo em que "ninguém poria em dúvida o poder do Governo de evitar a obstrução de seu serviço de recrutamento ou a publicação de datas de partida de transportes, número e localização de tropas". *Near v. Minnesota*,

1. *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), e casos semelhantes com referência a restrições temporárias de pretensas matérias obscenas não vêm ao caso. Pois esses processos se apóiam na proposição de que "a obscenidade não é protegida pela liberdade de palavra e de imprensa". *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957). Aqui não há a menor dúvida de que a matéria, cuja eliminação é solicitada, está incluída na proteção da Primeira Emenda; a única questão é se, não obstante esse fato, sua publicação pode ser suspensa por certo tempo, tendo em vista a presença de um dominante interesse nacional. Do mesmo modo, não vem, também ao caso a questão dos direitos autorais: o Governo não está afirmando o interesse por uma forma particular de palavras escolhidas nos documentos, mas a supressão das idéias ali expressas. E as leis de direitos autorais protegem, naturalmente, só a forma de expressão e não as idéias expressas.

283 U.S. 697, 716 (1931). Mesmo se a atual situação mundial fosse considerada como equivalente a tempo de guerra, ou se o poder dos armamentos atualmente disponíveis justificasse, mesmo em tempo de paz, a supressão de informações que pudessem desencadear um holocausto nuclear, em nenhuma dessas ações o Governo apresentou ou mesmo alegou que a publicação de itens da matéria em questão ou nelas baseados provocaria o acontecimento de um fato dessa natureza. "A principal finalidade da garantia (da Primeira Emenda) é evitar a censura prévia das publicações." *Near v. Minnesota, supra*, em 713. Assim, a simples alegação e prova do Governo de que a publicação irá, inevitavelmente, de modo direto e imediato, causar a ocorrência de um fato sujeito a pôr em perigo a segurança de um transporte, já no mar, pode ser suficiente até para a emissão de um mandado provisório de restrição. Em nenhum caso podem simples conclusões ser suficientes: pois se o Executivo busca o apoio judicial para proibir uma publicação, deve, inevitavelmente, apresentar as razões pelas quais é solicitado o concurso do Judiciário. E, por conseguinte, toda restrição imposta neste caso, qualquer que seja sua forma, violou a Primeira Emenda embora possa ser justificada como necessária para dar a esta Corte a oportunidade de examinar mais detalhadamente a reivindicação. A menos e até que o Governo esclareça seu caso, a Primeira Emenda determina que nenhuma proibição pode ser feita.

Juiz WHITE, voto vencedor, acompanhado pelo Juiz STEWART.

Dou meu voto favorável no julgamento de hoje, mas só por causa da proteção, sem dúvida extraordinária, de que em nosso sistema constitucional goza nossa imprensa contra restrições prévias. Não digo que em nenhuma circunstância permitiria a Primeira Emenda a proibição de publicar-se informação sobre planos ou operações do Governo.¹ Nem posso negar, depois de examinar

1. O Congresso autorizou um sistema de restrição prévia de partes privadas em certos casos. A Comissão Nacional de Relações do Trabalho emite rotineiramente ordens de suspensão e desistência contra empregadores que julga ter ameaçado ou coagido empregados no exercício de direitos garantidos. Ver 29 U.S.C. § 160 (c). Do mesmo modo, a Comissão Federal do Comércio pode impor ordens de suspensão e desistência contra métodos injustos de competição 15 U.S.C. § 45 (b). Essas ordens podem restringir e muitas vezes restringem, o que pode ser dito ou escrito em certas circunstâncias. Ver, por exemplo, *NLRB v. Gissel Pat-King Co.*, 395 U.S. 375, 616-620 (1969). O art. I, § 8, da Constituição autoriza o Congresso a assegurar o "direito exclusivo" dos autores sobre seus escritos, e ninguém nega que um jornal pode ser proibido, com justiça, de publicar obras de direitos autorais de outros. Ver *Westermann Co. v. Dispatch Co.*, 249 U.S. 100 (1919). Os próprios jornais apóiam-se, de vez em quando, nos direitos autorais como meio de proteger seus relatos de importantes acontecimentos. Todavia, aqueles atingidos pela lei com referência à Comissão Nacional de Relações de Trabalho e da Comissão Federal do Comércio, são partes privadas e não imprensa: e quando a imprensa sofre injunções sob as leis de direitos autorais, o queixoso é um proprietário privado desses direitos exercendo um direito privado. Essas condições diferem muito do pedido do Governo para que se proíba a publicação de informações sobre negócios de estado, pedido esse que, evidentemente, não se baseia em nenhuma lei.

o material que o Governo caracteriza como delicadíssimo e destrutivo, que a revelação desses documentos será substancialmente nociva aos interesses públicos. Realmente, estou certo de que sua divulgação terá esse resultado. Não obstante, concordo em que os Estados Unidos não satisfizeram ao pesado encargo que lhes incumbe de justificar a proibição de publicação nestes casos, pelo menos na falta de uma autorização expressa e adequadamente limitada do Congresso, para restrições prévias, em circunstâncias como estas.

A posição do Governo é simplesmente enunciada: é tão fundamental a responsabilidade do Executivo pela condução dos negócios externos e pela segurança da nação, que o Presidente tem o direito de proibir a publicação de uma reportagem, toda vez que puder convencer um tribunal de que a informação revelada ameaça infligir ao interesse público um dano "grave e irreparável",² e a proibição deveria ser ordenada, quer fosse a matéria secreta ou não, quer sua publicação fosse legal ou não, segundo leis criminais pertinentes, aprovadas pelo Congresso, e independentemente das circunstâncias em que o jornal tivesse conseguido as informações.

Pelo menos na falta de legislação pelo Congresso, baseado em suas próprias pesquisas e conclusões, não posso de modo algum concordar em que os poderes inerentes do executivo e dos Tribunais cheguem a tal ponto de autorizar remédios que possuam esse imenso potencial de proibir divulgações pela imprensa. Grande parte da dificuldade está na medida do "perigo grave e irreparável" sugerido pelos Estados Unidos. Se os Estados Unidos devessem ser julgados sob esse padrão, nestes casos, nossa decisão ofereceria poucos subsídios para outros tribunais em outros processos, pois a matéria em causa não estaria a seu alcance na sentença do Tribunal ou nos registros públicos, nem seria publicada pela imprensa. Na realidade, mesmo agora, quando sustentamos que os Estados Unidos não satisfizeram às exigências devidas, a matéria permanece encerrada em nossos registros e não é adequadamente discutida nos votos de hoje. Além disso, tendo em vista a matéria oferecer perigos substanciais para os interesses nacionais e considerando as inconveniências das sanções criminais, uma imprensa responsável pode preferir jamais publicar materiais muito delicados. Apoiar o Governo, nestes casos, seria arrastar os tribunais por uma longa e perigosa estrada que não estou disposto a trilhar, pelo menos sem a orientação e guia do Congresso.

Não é fácil rejeitar a proposição apresentada com insistência pelos Estados Unidos e lhe negar apoio em suas pretensões de boa-fé nestes casos em que sua publicação prejudicará seriamente o país. Mas esse contratempo é consideravelmente desfeito pela raridade de casos de censura prévia. Normalmente

2. A medida de "perigo grave e irreparável" é aquela afirmada pelo Governo nesta Corte. Restituindo o processo ao Juiz GURFEIN, para diligências, no litígio do *Times*, cinco membros da Corte de Apelações do Segundo Circuito recomendaram-lhe determinar se a divulgação de certos itens particularmente especificados pelo Governo "importa esse perigo grave e imediato à segurança dos Estados Unidos, de modo que se justificasse a proibição de sua publicação."

ocorrerá a publicação e o dano será causado, antes que o Governo tenha oportunidade ou fundamento para reprimi-la. No caso, a publicação já foi iniciada e concretizou-se, em parte, o dano ameaçado. O fato de um colapso maciço na segurança é conhecido; não se pode negar o fato de que um acesso aos documentos por muitas pessoas desautorizadas, e a eficácia de um justo apoio contra esses ou outros jornais, para evitar um dano previsto é, na melhor das hipóteses, duvidosa.

O mais importante ainda, pôr fim à proibição de publicação dos documentos delicados, relativamente poucos, que o Governo procura agora suprimir, não significa que a lei exige ou convida os jornais ou outros a publicá-los, ou que estarão isentos de processo criminal, se o fizerem. As restrições prévias exigem uma justificativa com fundamento insofismável na Primeira Emenda; mas a incapacidade do Governo de justificar restrições prévias exigem uma justificativa com fundamento insofismável na Primeira Emenda; mas a incapacidade do Governo de justificar restrições prévias não se mede com seu direito constitucional de processar e condenar por publicação criminosa. O fato de o Governo ter preferido, erroneamente, recorrer à proibição não significa que não pudesse seguir, com sucesso, outro caminho.

Quando a Lei de Espionagem estava em discussão em 1917, o Congresso rejeitou a provisão que concedia ao Presidente amplos poderes em tempo de guerra, para proscrever, sob ameaça de pena criminal, a publicação de várias categorias de informações relacionadas com a defesa nacional.³ O Congresso, naquela época, não estava disposto a atribuir poderes tão amplos ao Presidente, para controlar a imprensa, e aqueles que se opunham a essa parte da legislação supunham que uma seqüela necessária desse poder seria o poder de "filtrar as notícias para o povo por meio de alguma pessoa". 55 *Cong. Rec.* 2008 (1917) (observações do Sen. ASHURST). Todavia, esses mesmos membros do Congresso pareciam ter pouca dúvida de que os jornais estariam sujeitos a processo criminal se insistissem em publicar informações do tipo que o próprio Congresso tivesse determinado que não deviam ser reveladas. O Sen. ASHURST, por exemplo, estava certo de que o editor de tal jornal "deveria ser punido se publicasse informações quanto à movimentação da arma, das tropas, da aviação, quanto à localização de fábrica de munições, de obras de defesa, e outros dados desse gênero". 55 *Cong. Rec.* 2009 (1917).⁴

3. "Quem quer que, em tempo de guerra, violando regulamentos razoáveis a serem decretados pelo Presidente, que fica por esta lei autorizado a promulgá-los, publicar qualquer informação com referência a movimentação, número, descrição, estado, ou disposição de qualquer uma das forças armadas, navios, aviões ou materiais bélicos dos Estados Unidos, ou com referência a planos, ou condução de quaisquer operações navais ou militares, ou com referência a quaisquer obras, ou medidas empreendidas, ou pretendidas para a fortificação, ou defesa de algum lugar, ou a ela ligados, ou qualquer outra informação relativa à defesa pública considerada como útil ao inimigo, será punido com multa... ou prisão..." 55 *Cong. Rec.* 2100 (1917).

4. O Sen. ASHURST insistia também em que "...a liberdade de imprensa" significa liberdade das restrições de um censor; significa a liberdade e o direito absolutos de publicar o que quiser; mas poderá ser punido pelos tribunais do

O código criminal contém várias provisões potencialmente pertinentes a estes casos. A Seção 797⁵ considera ser crime publicar certas fotografias ou desenhos de instalações militares. A Seção 798,⁶ também em linguagem precisa, proscreve publicações conscientes e voluntárias de quaisquer informações secretas referentes a sistemas criptográficos ou a atividades de inteligência dos Estados Unidos, assim como de qualquer informação obtida por operações de inteligência.⁷ Se qualquer uma das matérias aqui em questão for dessa natureza, os jornais estarão agora, talvez, plenamente conscientes da posição dos Estados Unidos e deverão enfrentar as consequências se as publicarem. Eu não

país pela transgressão das leis da difamação, da calúnia e da traição". 55 *Cong. Rec.* 2005 (1917).

5. Seção 797, 18 U.S.C., estabelece: "Durante ou após trinta dias, a partir da data em que o Presidente definir uma instalação ou equipamento militar, ou naval, como sendo vital dentro da categoria contemplada sob a Seção 795 deste título, quem reproduzir, publicar, vender ou ceder qualquer fotografia, esboço, desenho, pintura, mapa ou representação gráfica das instalações, ou equipamentos navais e militares vitais, assim definidos, sem primeiro obter a permissão do comandante do posto militar, ou naval, do acampamento ou posto pertinente, ou de autoridade superior, a menos que tal fotografia, esboço, desenho, quadro, mapa ou representação gráfica traga a indicação de ter sido consagrada pela competente autoridade militar ou naval, será punido com multa de até 1.000 dólares ou condenado a até um ano de prisão, ou a ambas as penas".

6. Em parte pertinente o 18 U.S.C. § 798 prevê:

"(a) Quem quer que, consciente e voluntariamente, comunicar, fornecer, transmitir ou de outro modo tornar disponível a uma pessoa não autorizada, ou publicar, ou usar, de modo prejudicial à segurança, ou aos interesses dos Estados Unidos, ou em benefício de algum governo estrangeiro, em detrimento dos Estados Unidos, alguma informação secreta.

"(1) referente à natureza, preparo, ou uso de algum código, cifra, ou sistema criptográfico dos Estados Unidos, ou de qualquer governo estrangeiro; ou

"(2) referente a projeto, construção, uso, manutenção ou reparo de qualquer dispositivo, aparelho, ou instrumento, usados, ou preparados ou planejados para uso, pelos Estados Unidos ou por qualquer governo estrangeiro, para fins criptográficos, ou serviço de informações; ou

"(3) referente a atividade de serviços de inteligência dos Estados Unidos ou de qualquer governo estrangeiro; ou

"(4) obtida por processos de serviço de inteligência de qualquer governo estrangeiro, sabendo ter sido a mesma conseguida por esses processos.

"Será punido com multa de até 10.000 dólares, ou condenado a até 10 anos de prisão, ou a ambas as penas".

7. O sentido do 18 U.S.C. § 798 é claro. Tanto as atas da Câmara como do Senado quando da discussão do projeto, falam, em termos idênticos, em promover a segurança dos Estados Unidos, evitando a divulgação de informações referentes aos sistemas criptográficos e de serviços de inteligência dos Estados Unidos, e explicando que esse "projeto considera crime revelar métodos, técnicas e material usados na transmissão por esta nação de mensagens cifradas ou codificadas... Além disso, considera crime revelar métodos usados por esta nação para violar códigos secretos de uma nação estrangeira. Proíbe, também, sob certas penalidades, a divulgação de qualquer informação que possa ter chegado às mãos do Governo, em consequência dessa violação de códigos". H.R. Rep. n. 195, 81 st Cong. 2d Sess. 1 (1950). O curto alcance da lei, foi explicado como cobrindo "apenas uma peque-

teria dificuldade em manter as condenações, nos termos das normas invocadas, relativamente a fatos que não justificariam a intervenção da justiça e a imposição da restrição prévia.

O mesmo se poderia dizer nos termos daquelas seções do código criminal, que lançam uma rede mais ampla para proteger a defesa nacional. A Seção 793 (e) ⁸ considera criminoso o ato de se possuir documento "referente à defesa nacional" ou (1) voluntariamente comunicar ou causar a comunicação desse documento a qualquer pessoa não autorizada a recebê-lo ou (2) voluntariamente reter o documento e deixar de entregá-lo a um oficial dos Estados Unidos encarregado de recebê-lo. A subseção foi acrescentada em 1950 pelo fato de não prover a lei preexistente nenhuma pena para o possuidor desautorizado, a menos que fosse feita a exigência dos documentos⁹. São manifestos os perigos que cercam a posse não autorizada desses itens e parece aconselhável

na categoria de matéria secreta, categoria que é, ao mesmo tempo, vital e vulnerável quase num único grau". *Id.*, em 2. A legislação atual foi considerada como inadequada.

Atualmente, duas outras leis protegem essa informação, mas só de modo limitado. São as Leis de Espionagem de 1917 (40 Stat. 217) e a Lei de 10 de junho de 1933 (48 Stat. 122). Na primeira, a revelação não autorizada de uma informação dessa espécie só pode ser punida, se ficar provado que a pessoa que faz a revelação a tenha feito com a intenção de prejudicar os Estados Unidos. Na segunda, só são protegidos os códigos e mensagens diplomáticas transmitidos em códigos diplomáticos. O presente projeto destina-se a proteger contra a publicação consciente e voluntária ou contra qualquer outra revelação, toda e qualquer informação que afete as operações de inteligência e toda informação direta sobre todos os códigos e cifras dos Estados Unidos". *Ibid.* A Seção 798 pretendia evidentemente cobrir publicações por pessoas estranhas ao Governo e facilitar ao Governo a responsabilidade de obter condenações. Ver H. R. Rep. 1895, *supra*, em 2-5. A idêntica Ata do Senado, não citada paralelamente no texto desta nota, está em S. Rep. n. 111, 81st Cong. 1st Sess. (1949).

8. A Seção 793 (e) de 18 U.S.C. provê que:

"(e) Quem quer que, tendo posse desautorizada, acesso, ou controle de algum documento, escrito, livro de código, livro de sinais, esboço, fotografia, negativos fotográficos, cópias heliográficas, planos, mapas, modelos, instrumentos, dispositivos, ou notas relativas à defesa nacional, ou informação com referência à defesa nacional, informação essa que o possuidor tem motivos para crer que poderia ser usada para prejudicar os Estados Unidos, ou em benefício de alguma nação estrangeira, e voluntariamente comunica, entrega, transmite ou deixa que seja comunicada, entregue ou transmitida, ou procura comunicar, entregar, transmitir ou deixar que seja comunicada, entregue, ou transmitida a alguma pessoa não autorizada a recebê-la, ou a reter voluntariamente e deixar de entregá-la ao oficial ou funcionário dos Estados Unidos encarregado de recebê-la, é réu de crime punível com 10 anos de prisão ou multa de 10.000 dólares, ou com ambas penas". Deve-se notar também que 18 U.S.C. § 793 (g) acrescentado em 1950, ver 64 Stat. 1004-1005 (1950); S. Rep. n. 2369, 81st Cong. 2d Sess., 9 (1950) estabelece que se "duas ou mais conspirarem para violar qualquer uma dessas provisões anteriores desta seção, e uma ou mais pessoas fizerem qualquer ato para efetivar o objeto da conspiração, cada uma das partes dessa conspiração será submetida à punição prevista para o crime objeto da conspiração".

9. A emenda ao § 793 que acrescentou a subseção (e) era parte da Lei do Controle de Atividades Subversivas de 1950, que, por sua vez era o Título I da

exigir sua entrega em tal caso, independentemente de ação criminal, sobretudo uma vez que sua posse não autorizada pode não ser conhecida das autoridades que de outro modo a exigiriam". S. Rep. n. 2369, 81st Cong., 2d Sess., 9 (1950). Naturalmente, nos casos que temos diante de nós, os documentos não publicados foram exigidos pelos Estados Unidos e sua importância foi dada a conhecer

Lei de Segurança Interna, de 1950. Ver 64 Stat. 987 (1950). A ata da Comissão de Justiça do Senado explica melhor as finalidades da emenda:

"A Seção 18 do projeto de emenda à seção 793 do Título 18 do Código dos Estados Unidos (lei contra espionagem). Os vários parágrafos da seção 793 do Título 18 são designados como subseções de (a) até (g) para facilidade de referência. As mudanças significativas que seriam feitas na seção 793 do título 18 são as seguintes:

"(1) Emendas do quarto parágrafo da seção 793, título 18 (subseção d), para cobrir a disseminação ilegal de informação relativa à defesa nacional, informação essa que seu detentor tem motivo para acreditar que possa ser usada em prejuízo dos Estados Unidos ou em benefício de alguma nação estrangeira. A frase "informação essa que o detentor tem motivos para acreditar que possa ser usada em prejuízo dos Estados Unidos ou em benefício de alguma nação estrangeira" modificaria apenas "informação referente à defesa nacional" e não os outros itens enumerados na subseção. O quarto parágrafo da seção 793 é também emendado, para estabelecer que só aqueles em posse legítima dos itens referentes à defesa nacional ali numerados podem retê-los, sujeitos, entretanto, a vê-los exigidos. Aqueles de posse não autorizada desses itens são tratados numa subseção distinta.

"(2) Emenda a seção 793, título 18 (subseção) (e), para estabelecer que os detentores não autorizados de itens enumerados no § 4 da seção 793 devem, portanto, espontaneamente ceder a posse à autoridade competente. A lei atual não estabelece pena para a posse não autorizada desses itens, a menos que seja feita sua exigência por pessoa autorizada a recebê-los. São manifestos os perigos que cercam a posse não autorizada desses itens e parece aconselhável exigir sua entrega em tal caso, independentemente de ação criminal, sobretudo uma vez que sua posse não autorizada pode não ser conhecida das autoridades que de outro modo a exigiriam. A única diferença entre a subseção (d) e a subseção (e) da seção 793 é que uma exigência, feita pela pessoa autorizada a receber os itens, seria elemento necessário de um crime sob a subseção (d) em que a posse é legal, enquanto essa exigência não seria elemento necessário de um crime sob a subseção (e) em que a posse não é autorizada". S. Rep. n. 2369, 81st. Cong., 2d, Sessão 8-9 (1950).

O acima exposto parece esclarecer, ao contrário das insinuações da Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque, neste caso, que ao processar por comunicar ou reter um "documento" em contraste com uma ação semelhante com referência à "informação", o Governo não precisa provar a intenção de fazer mal aos Estados Unidos ou de beneficiar alguma nação estrangeira, mas, simplesmente, a conduta voluntária e consciente. A Corte Distrital apoiou-se em *Borin v. United States*, 312 U.S. (1941). Mas aquele caso surgiu com base em outras partes da lei que antecedeu o § 793, ver 312 U.S., 21-22 — partes que impunham diferentes padrões de intenção não repetidos em § 793 (d) ou § 793 (e). Cf. 18 U.S.C. §§ 793 (a), (b) e (c). Além disso, nos termos da subseção (e) e do contexto da lei de que fazia parte, parece não se poder negar que um jornal, assim como outros não relacionados com o Governo, estarão sujeitos a processos sob o § 793 (e), se comunicarem ou retiverem as matérias cobertas por essa seção. O Tribunal Distrital conclui que "comunicação" não ia até a publicação por um jornal de documentos relativos à defesa nacional. Não emito opinião sobre a correção dessa conclusão. Mas nem publicação são necessárias para violar a subseção.

pelo menos ao advogado dos jornais envolvidos. Em *Gorin v. United States*, 312 U.S. 19, 28 (1941), as palavras “defesa nacional”, como usadas num antecedente do § 793, foram mantidas por unanimidade de votos de um tribunal, como possuidoras de “uma conotação bem compreendida” — um “conceito genérico de amplas conotações, referentes aos estabelecimentos militares e navais e às atividades correlatas de prontidão nacional” — e como “suficientemente definidas para notificar o público de atividades proibidas” e coerentes como devido processo, 312 U.S., 28. Além disso, conforme interpretado pelo Tribunal em *Gorin*, a informação “relacionada com a defesa nacional” não está evidentemente limitada àquele dano “grave e irreparável”, que ameaça os Estados Unidos.¹⁰

Fica assim claro que o Congresso se voltou para problemas de proteger a segurança do país e a defesa nacional contra a revelação não autorizada de informações potencialmente prejudiciais. Cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 585-586 (1952); ver também *id.*, em 593-628 (*Frankfurter, J.*, com voto favorável). Não é, entretanto, autorizado o remédio proibitivo de uma publicação ameaçada. Contentou-se, evidentemente, com as sanções criminais e seus efeitos intimidativos sobre a imprensa, tanto a responsável, como a irresponsável. Não quero dizer, naturalmente, que ambos os jornais tenham cometido crime, ou que ambos cometessem crime se publicassem toda a matéria em seu poder. Essa questão terá sua solução no contexto de um processo criminal, se algum for instituído pelos Estados Unidos. Nesse caso, a questão de culpabilidade ou de inocência seria determinada por processos e padrões muito diferentes daqueles que pretenderam reger essas ações impeditivas.

Juiz STEWART, voto vencedor, acompanhado pelo Juiz WHITE.

Na estrutura oficial, criada por nossa Constituição, o Executivo é revestido de enormes poderes nas duas áreas inter-relacionadas da defesa nacional e das relações internacionais. Esse poder, em grande parte não fiscalizado pelo Legislativo¹ e pelo Judiciário,² tem sido exercido ao máximo desde o advento

10. É também relevante o 18 U.S.C. § 794, sua subseção (b) proíbe em tempo de guerra a coleta ou publicação, com a intenção de comunicá-la ao inimigo, de qualquer informação com referência à movimentação de forças militares, “ou com respeito aos planos ou condução... de quaisquer operações navais ou militares... ou a qualquer outra informação referente à defesa pública, que pudesse ser útil ao inimigo...”

1. O poder do Presidente de fazer tratados e nomear embaixadores é naturalmente limitado pela exigência do art. II, § 1.º da Constituição, segundo o qual precisa ouvir ou obter o consentimento do Senado. O art. 1.º, § 8.º dota o Congresso do poder de “levantar e manter Exércitos” e “prover e manter uma Marinha”. E, naturalmente, só o Congresso pode declarar guerra. Esse poder foi exercido pela última vez há quase 30 anos atrás, quando do início da II Guerra Mundial. Desde o fim daquela guerra em 1945, as Forças Armadas dos Estados Unidos sofreram aproximadamente, meio milhão de baixas em várias partes do mundo.

2. Ver *Chicago & Southern Air Lines v. Waterman Steamship Corp.*, 333 U.S. 103; *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81; *United States v. Curtiss-*

da era missil-nuclear. Para bem ou para mal, o fato é que o Presidente dos Estados Unidos possui uma independência constitucional muito maior, nessas duas áreas de poder, do que, digamos, um primeiro-ministro de um país governado sob o regime parlamentar de governo.

Na falta de controles e de equilíbrios governamentais, presentes em outras áreas de nossa vida nacional, a única restrição eficiente da política e do poder do Executivo, nas áreas da defesa nacional e dos negócios internacionais, pode estar numa população esclarecida numa opinião pública informada e crítica; só ela é capaz de proteger, neste país, os valores do governo democrático. Por esse motivo, talvez seja, nesse ponto, que uma imprensa atenta, alerta e livre serve mais vitalmente às finalidades básicas da Primeira Emenda. Pois, sem uma imprensa livre e informada, não pode existir um povo esclarecido.

Não obstante, é elementar que a condução bem sucedida da diplomacia internacional e a manutenção de uma eficiente defesa nacional exigem não só confiança, como também segredo. Outras nações dificilmente poderão tratar com este país numa atmosfera de confiança, se não estiverem seguras de que suas confidências serão mantidas. E, nos nossos próprios departamentos executivos, seria impossível o desenvolvimento de uma política ponderada e inteligente, se os encarregados de sua formulação não se pudessem comunicar uns com os outros de modo livre, franco e confidencial. Na área da defesa nacional básica, é, naturalmente, insofismável a constante necessidade de segredo absoluto.

Sou de opinião de que não pode haver senão uma resposta para esse dilema. A responsabilidade deve estar onde estiver o poder.³ Se a Constituição dá ao Executivo grande soma de poderes, não partilhados, na condução de negócios externos e na manutenção de nossa defesa nacional, então, sob a Constituição, o Executivo deve ter o dever, em grande parte não partilhado, de determinar e preservar o grau de segurança interna necessária ao exercício efetivo do poder. É uma terrível responsabilidade, que exige critério e muita sabedoria. Devo supor que considerações morais, políticas e práticas deveriam

-*Wright Export Corp.*, 229 U.S. 304; cf. *Morg v. McNamara*, mandado negado 339 U.S. 934.

3. “É evidente que se na manutenção de nossas relações internacionais quisermos evitar dificuldades — e talvez graves dificuldades, e alcançar o sucesso, nossa legislação no Congresso, que deve ser tornada eficiente por meio da negociação e da pesquisa no campo internacional, terá, muitas vezes, de conceder ao Presidente uma margem de discrição e de isenção da restrição legal, o que não seria admissível em se tratando apenas de assuntos nacionais. Além disso, é ele, e não o Congresso, que tem melhor oportunidade de conhecer as condições que prevalecem em países estrangeiros, especialmente no tempo de guerra. O Presidente tem suas fontes confidenciais de informação. O segredo, com referência à informação por eles colhida, pode ser altamente necessário, e sua divulgação prematura pode trazer resultados funestos. Na realidade, é uma verdade tão meridiana, que o primeiro Presidente não quis ceder a um pedido da Câmara dos Deputados para apresentar as instruções, correspondências e documentos referentes à negociação do Tratado de Jay — uma recusa sábia, reconhecida pela própria Câmara e desde então nunca mais posta em dúvida...” *United States v. Curtiss-Wright Corp.*, 299 U.S. 304, em 320.

ditar que um princípio fundamental daquela sabedoria fosse a insistência para evitar o segredo. Pois quando tudo é segredo, nada é segredo, e o sistema está fadado ao desrespeito do cético e do indiferente, e pode vir a ser manipulado por aqueles que pretendem a autoproteção ou a autopromoção. Deve supor em suma, que a marca de autenticidade de um sistema de segurança interna, verdadeiramente eficiente, deveria ser a máxima divulgação possível, reconhecendo-se que o segredo só pode ser mais bem guardado quando a credibilidade é verdadeiramente preservada. Mas, seja como for, parece-me evidente que é dever constitucional do Executivo — como matéria de prerrogativa soberana e não como matéria de lei, como os tribunais entendem a lei — proteger, por meios de divulgação e execução de regulamentos executivos, a confidência necessária para atender às suas responsabilidades nos campos das relações internacionais e da defesa nacional.

Com isso não se quer dizer que o Congresso e os tribunais não tenham nenhum papel a desempenhar. O Congresso, indubitavelmente, tem poderes para fazer leis criminais específicas e apropriadas, para proteger os direitos do Governo e preservar os segredos de Estado. O Congresso tem aprovado tais leis e várias delas têm pertinência bastante plausível com as evidentes circunstâncias destes casos. E, se um processo criminal for instituído, será da responsabilidade dos tribunais decidir sobre a aplicabilidade da lei criminal em que se fundar a acusação. Além disso, se o Congresso aprovasse uma lei específica, autorizando processos civis nesse campo, os tribunais teriam, igualmente, o dever de decidir sobre a constitucionalidade dessa lei, assim como sua aplicabilidade aos fatos provados.

Mas, nos casos que temos diante de nós, não somos chamados a interpretar regulamentos específicos nem a aplicar leis específicas. Em vez, somos solicitados a exercer uma função que a Constituição outorga ao Executivo e não ao Judiciário. Somos solicitados, muito simplesmente, a evitar a publicação, por dois jornais de matéria que, insiste o Executivo, não deve ser publicada, tendo em vista o interesse nacional. Estou convencido de que o Executivo está certo com referência a alguns dos documentos envolvidos. Mas não posso dizer que a divulgação de qualquer um deles resultaria certamente num dano direto, imediato e irreparável à nossa nação ou ao nosso povo. Assim sendo, sob a Primeira Emenda não pode haver senão uma resolução judicial para as questões que temos diante de nós. Voto com o Tribunal.

Juiz BLACK, voto vencedor, acompanhado pelo Juiz DOUGLAS.

Partindo do ponto-de-vista de que a questão do Governo contra o *Washington Post* deveria ter sido rejeitada sumariamente e que a proibição contra o *New York Times* deveria ter sido invalidada sem debate oral, tão logo estes casos foram trazidos a esta Corte. Creio que o prolongamento, por cada instante, das proibições contra esses jornais equivale a uma violação flagrante, indefensável e permanente da Primeira Emenda. Além disso, depois dos debates orais, concordo plenamente em que devemos confirmar o julgamento da Corte de

Apelação do Distrito de Colúmbia e anular o julgamento da Corte de Apelações do 2.º Distrito, pelas razões expostas por meus colegas DOUGLAS e BRENNAN. A meu ver, é pena que alguns de nossos colegas estejam evidentemente dispostos a sustentar que a publicação de notícias possa ser, às vezes, proibida. Essa posição tornaria inócua a Primeira Emenda.

Nosso Governo foi iniciado em 1789 com a adoção da Constituição. A Declaração de Direitos, que incluía a Primeira Emenda, seguiu-se em 1791. Agora, pela primeira vez nos 182 anos desde a fundação da República as cortes federais são solicitadas a sustentar que a Primeira Emenda não significa o que diz, mas antes significa que o Governo pode suspender a publicação de notícias correntes de vital importância para o povo deste país.

Pedindo proibições contra esses jornais e em seu recurso à Justiça, o Executivo parece ter-se esquecido da finalidade essencial e da história da Primeira Emenda Adotada a Constituição, muita gente se opôs, firmemente, ao documento por não incluir a Declaração de Direitos para salvaguardar certas liberdades fundamentais.¹ Temia-se, sobretudo, que os novos poderes concedidos a um governo central pudessem ser interpretados como instrumentos para restringir a liberdade de crença, de imprensa, de reunião e de palavra. Em resposta a um geral clamor público, JAMES MADISON apresentou uma série de emendas para garantir aos cidadãos, que essas grandes liberdades seriam mantidas e ficariam ao abrigo de qualquer restrição por parte do governo, MADISON propôs o que, mais tarde, ficou reconhecida como a Primeira Emenda, em três partes, duas das quais são citadas abaixo, e das quais uma é a seguinte: "O povo não será privado nem cerceado em seu direito de falar, escrever ou publicar seus sentimentos; e a liberdade da imprensa, como um dos grandes baluartes da liberdade, será inviolável".² As emendas foram apresentadas para *reduzir* e *restringir* os poderes gerais concedidos aos ramos do Poder Executivo e Judiciário, dois anos antes na Constituição original. A Declaração de Direitos mudou a Constituição original numa nova carta, sob a qual nenhum ramo do governo podia restringir as liberdades de imprensa, da palavra, de crença e de reunião. Não obstante, o Procurador-Geral argumenta, e alguns

1. Declarou MADISON, ao apresentar a Declaração de Direitos à Câmara dos Deputados: "(Mas) creio que a grande massa do povo que se opunha (à Constituição), não a apreciava por não conter provisões efetivas contra usurpação de direitos privados..." 1 *Annals of Congress* 433 (1834). O congressista GOODRICH acrescentou: "É desejo de muitos de nossos constituintes que alguma coisa deveria ser acrescentada à Constituição, para defender de modo mais firme suas liberdades contra as incursões do poder". *Id.*, 426.

2. As outras partes eram:

"Não serão reduzidos os direitos civis de pessoa alguma por motivo de crença religiosa ou credo, nem será estabelecida uma religião oficial, nem serão infringidos de uma maneira ou de outra, sob qualquer pretexto, os plenos e iguais direitos de consciência."

"O povo não será cerceado do direito de se reunir pacificamente e de discutir objetivos comuns; nem de se dirigir aos Legisladores por meio de requerimentos, protestos, para satisfação de suas queixas." 1 *Annals of Congress* 134 (834).

membros deste Tribunal parecem aceitar, que os poderes gerais do Governo adotados na Constituição original devam ser interpretados para limitar e restringir as garantias específicas e enfáticas das Declarações de Direitos adotada posteriormente. Não posso imaginar maior perversão da história. MADISON e os demais promotores da Primeira Emenda, homens capazes como eram, escreveram numa linguagem que, acreditavam piamente, jamais pudesse ser mal interpretada: "O Congresso não promulgará nenhuma lei... que reduza a liberdade da imprensa..." Tanto a história como a linguagem da Primeira Emenda apóiam o ponto-de-vista de que a imprensa deve ser livre para publicar notícias, qualquer que seja a fonte, sem censura, proibições ou restrições prévias.

Na Primeira Emenda, os Fundadores deram à imprensa a proteção de que deve gozar para desempenhar plenamente seu papel essencial em nossa democracia. A imprensa deve ser aos governados e não aos governantes. O poder do Governo de censurar a imprensa foi abolido, de modo que a imprensa permanecesse sempre livre para censurar o Governo. A imprensa foi protegida, de modo que pudesse descobrir os segredos do Governo e informar ao povo. Só uma imprensa livre e sem restrições pode, efetivamente, denunciar a impostura no Governo. Entre as principais responsabilidades de uma imprensa livre, destaca-se o dever de evitar que qualquer setor do governo engane o povo e envie seus filhos para terras distantes para morrer de febres estranhas e pelas balas e bombas estrangeiras. Na minha opinião, longe de merecer condenação por sua corajosa reportagem, o *New York Times*, o *Washington Post* e outros jornais deveriam ser condecorados por servir à finalidade que os Fundadores anteviram claramente. Revelando as obras de um governo que conduziram à guerra do Vietnã, os jornais fizeram, de modo nobre e preciso, exatamente o que os Fundadores esperavam e desejam que fizessem.

A questão do Governo baseia-se, aqui, em premissas inteiramente diferentes daquelas que orientaram os Fundadores na Primeira Emenda. O Procurador-Geral afirmou cuidadosa e enfaticamente: "Ora, Sr. Juiz BLACK, sua interpretação da... (Primeira Emenda) é muito conhecida e eu a respeito. O senhor diz que nenhuma lei significa nenhuma lei, e isso é evidente. A única coisa que posso dizer, Senhor Juiz, é que para mim é igualmente evidente que "nenhuma lei" não significa "nenhuma lei" e procuraria persuadir esse tribunal quanto à veracidade do que afirmo... (Há) outras partes da Constituição que atribuem poder e responsabilidade ao Executivo e... a Primeira Emenda não pretendia impedir o Executivo de agir ou proteger a segurança dos Estados Unidos".³

E o Governo argumenta em seu sumário, que, apesar da Primeira Emenda, "a autoridade do Executivo de proteger a nação contra a publicação de informações, cuja divulgação poria em risco a segurança nacional, decorre de duas fontes interrelacionadas: o poder constitucional do Presidente sobre a condução dos assuntos externos e sua autoridade como Comandante-em-Chefe.⁴

3. Transcrito do Debate Oral, p. 76.

4. Sumário dos Estados Unidos, p. 12.

Em outras palavras, somos solicitados a manter que, apesar da ordem enfática da Primeira Emenda, o Executivo, o Congresso e o Judiciário podem promulgar leis que proibam a publicação de notícias atuais e reduzam a liberdade da imprensa em nome da "segurança nacional". O Governo não procurou nem mesmo se apoiar em alguma lei do Congresso. Em vez, faz a ousada alegação, de perigoso alcance, de que os tribunais deveriam chamar a si a "confeção" de uma lei que restrinja a liberdade da imprensa em nome da justiça, do poder presidencial e de segurança nacional, mesmo quando os representantes do povo no Congresso tenham aderido à ordem da Primeira Emenda e se recusado a fazer essa lei.⁵ Ver o voto favorável do Juiz DOUGLAS. ...Conceder que o Presidente tem "poder inerente" para suspender a publicação de notícias, recorrendo aos tribunais, seria acabar com a Primeira Emenda e destruir a liberdade e a segurança fundamentais do próprio povo, cuja "segurança" o Governo espera garantir. Ninguém lê a história da Primeira Emenda sem se convencer de que foram injunções como estas pedidas aqui, que MADISON e seus colaboradores procuraram terminar para sempre neste país.

A palavra "segurança" é uma generalidade ampla, vaga cujos delineamentos não devem ser invocados para ab-rogar a lei fundamental incorporada na Primeira Emenda. A guarda de segredos militares e diplomáticos à custa de um governo representativo informado não oferece nenhuma segurança real para nossa República. Os elaboradores da Primeira Emenda, plenamente conscientes tanto da necessidade de defender uma nova nação como dos abusos dos governos inglês e coloniais, procuraram dar a esta nova sociedade força e segurança, provendo que a liberdade de expressão, de imprensa, de credo e de reunião não devia ser restringida. Esse pensamento foi eloquentemente expresso pelo Min. HUGUES, grande homem e grande Juiz, quando Presidente da Suprema Corte, convencendo de que foram injunções como estas pedidas aqui, que MADISON e ser punida por participar de uma reunião dirigida por comunistas.

"Quanto maior a importância de salvaguardar a comunidade de incitamentos à subversão de nossas instituições pela força e pela violência, mais imperativa será a necessidade de preservar inviolados os direitos constitucionais da liberdade de palavra, de imprensa e de reunião, para manter a oportunidade do livre debate político, para que o governo possa ser sensível à vontade do povo, e as mudanças, se desejadas, possam ser obtidas por meios pacíficos. Nessa liberdade, que é o próprio fundamento do governo constitucional, está a segurança da República".⁶

5. Comparemos as opiniões do Procurador-Geral com as de JAMES MADISON, o autor da Primeira Emenda. Ao se referir à Declaração dos Direitos na Câmara dos Deputados, disse MADISON: "Se elas (as dez primeiras emendas) forem incorporadas à Constituição, tribunais independentes considerar-se-ão peculiarmente guardiães daqueles direitos; serão baluartes impenetráveis contra toda usurpação do poder, no Legislativo ou no Executivo; serão levados, naturalmente, a resistir a toda usurpação de direitos expressamente estipulados em nossa Constituição pela declaração de direitos". 1 *Annals of Congress* 438 (1834).

6. *Dejonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365 (1937).

Juiz DOUGLAS, voto vencedor acompanhado pelo Juiz BLACK.

Embora esteja de acordo com a opinião desta Corte, julgo necessário expressar de modo mais completo meu próprio ponto-de-vista.

Convém observar, de início, que a Primeira Emenda provê que "O Congresso não fará nenhuma lei... que restrinja a liberdade de expressão e da imprensa". Isso, na minha opinião, não deixa margem para restrições à imprensa, por parte do Governo.¹

Além disso, não existe uma lei que impeça a publicação pela imprensa da matéria que o *Times* e o *Post* procuram usar. O § 793 (e) do Título 18 do Código dos Estados Unidos provê que "quem quer que, tendo posse não autorizada, ou acesso, ou controle de algum documento, escrito... ou informação relacionada com a defesa nacional, informação essa que o possuidor tem motivos para crer que possa ser usada em detrimento dos Estados Unidos ou em benefício de alguma nação estrangeira, comunicar a mesma voluntariamente... a alguma pessoa não autorizada a recebê-la... será punido com multa até 10.000 dólares ou até 10 anos de prisão, ou a ambas as penas".

O Governo sugere que a palavra "comunicar" é bastante ampla para abranger publicação.

Há oito seções no capítulo sobre espionagem e censura, §§ 792-799. A palavra "publicar" é mencionada três vezes nestas oito seções: § 794 (b) declara "Quem quer que em tempo de guerra, com a intenção de que sejam os mesmos comunicados ao inimigo, colha registros, *publique* ou *comunique*... (a posição de forças armadas)".

A Seção 797 proíbe "reproduzir, *publicar*, vender ou ceder" fotografias de instalações de defesa.

A Seção 798 referente à criptografia proíbe: "Comunicar, fornecer, transmitir ou tornar de outro modo disponível... ou *publicar*".²

Assim, é evidente que o Congresso pôde distinguir e distinguir entre publicar e comunicar nas várias seções da Lei de Espionagem.

Outra prova de que o § 793 não se aplica à imprensa é a versão rejeitada do § 793, que rezava: "Em estado de emergência nacional resultante de uma guerra de que os Estados Unidos façam parte ou de uma ameaça dessa guerra, o Presidente pode, por decreto proibir a publicação ou comunicação, ou a tentativa de publicação ou comunicação de qualquer informação referente à defesa nacional, que a seu critério seja de natureza a ser ou poder ser útil ao inimigo".

1. Ver *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 267 (voto dissidente do Juiz BLACK), 284 (meu voto dissidente); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 508 (meu voto dissidente, seguido pelo Juiz BLACK); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 339 (voto em separado do Juiz BLACK, seguido por mim); *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 293 (voto favorável do Juiz BLACK, seguido por mim); *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. meu voto favorável seguido pelo Juiz BLACK.

2. Esses documentos contêm dados concernentes ao sistema de comunicações dos Estados Unidos, cuja publicação é considerada como criminosa. Mas a sanção criminal não é alegada pelos Estados Unidos como a base do poder de justiça.

Durante os debates no Senado, a Primeira Emenda foi especificamente citada e aquela provisão foi rejeitada. 55 *Cong. Rec.* 2.166.

A posição do juiz GURFEIN no caso do *Times*, de que essa lei não se aplica a esse caso, era, por conseguinte, mais do que válida. Além disso, a Lei de 23 de setembro de 1950, emendando o § 793 do 18 U.S.C. estabelece no § 1 (b) que: "Nada nesta lei será interpretado como autorizando, exigindo, ou estabelecendo a censura civil ou militar ou limitando de uma maneira ou de outra a liberdade da imprensa e de expressão conforme é garantida pela Constituição dos Estados Unidos, e com base em seus termos nenhum regulamento será promulgado que tenha esse efeito". 64 Stat. 987.

Assim, o Congresso tem sido fiel à determinação da Primeira Emenda nesse campo.

Portanto, todo poder que o Governo possui deve vir de seu "poder inerente".

O poder de fazer guerra é "o poder de fazer a guerra com sucesso". Ver *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 93. Mas o poder de fazer guerra vem de uma declaração de guerra. A Constituição pelo art. 1.º, § 8.º, outorga ao Congresso, e não ao Presidente, o poder de "declarar guerra". Em nenhum lugar há guerras presidenciais autorizadas. Não precisamos decidir, por conseguinte, que efeito poderia ter o poder do Congresso de declarar guerra.

Essas revelações³ podem ter grave impacto. Mas isso não é fundamento para sancionar uma censura prévia da imprensa. Conforme declarou o Min. HUGUES em *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 719-720: "... Embora ataques temerários a homens públicos e tentativas de difamar aqueles que procuram fielmente, cumprir seus deveres oficiais, que exerçam influência maléfica e mereçam a mais severa condenação pela opinião pública, não se pode dizer que esse abuso seja maior, e talvez seja menor do que o que caracterizou o período em que nossas instituições foram moldadas. Entrementes, o governo tornou-se mais complexo, as oportunidades de mau procedimento e de corrupção se multiplicaram, o crime assumiu gravíssimas proporções e o perigo de sua proteção por funcionários desleais e da deterioração da segurança fundamental da vida e da propriedade por alianças criminosas e pela negligência oficial, ressaltam a primordial necessidade de uma imprensa vigilante e corajosa, especialmente nas grandes metrópoles. O fato de poderem abusar a liberdade da imprensa miseráveis provisoros de escândalos não torna, de modo algum, menos necessária a imunidade da imprensa, da censura prévia ao tratar da má conduta oficial".

Como eu disse, outro dia, no caso *Organization for a Better Austin v. Keefe*, "qualquer restrição prévia à expressão chega a este Tribunal com uma forte presunção contra sua validade constitucional".

3. Existem muitas séries desse material e, ao que parece, não estão sob guarda controlada. Além disso, o Presidente enviou uma série ao Congresso. Começamos, então, com um caso em que já houve uma ampla distribuição do material que é destinado à publicidade e não ao segredo. Examinei minuciosamente e confidencialmente o material enumerado no sumário dos Estados Unidos. É tudo matéria histórica, e não fatos futuros. Nenhum deles vai além de 1968.

O Governo diz que tem poderes inerentes para recorrer à Justiça para obter proibição, a fim de proteger o interesse nacional, o qual, nesse caso, é considerado como sendo a segurança nacional.

Near v. Minnesota, 283 U. S. 697, repudiou aquela doutrina expansiva, em termos inequívocos.

A finalidade principal da Primeira Emenda era proibir a prática generalizada da supressão de informações incômodas para o Governo. É sabido que a Primeira Emenda foi adotada para conter o uso generalizado da lei comum do libelo sedicioso para punir a divulgação de matéria que fosse incômoda para as autoridades constituídas. Ver EMERSON, *The System of Free Expression* c. V (1970); CHAFEE, *Free Speech in the United States*, c. XIII (1941). Os casos presentes entram na história, assim creio, como a ilustração mais dramática desse princípio. Um debate de amplas proporções continua pela Nação a respeito de nossa posição no Vietnã. Esse debate antecipou a revelação do conteúdo dos presentes documentos. Estes últimos são altamente importantes para o debate em andamento.

O segredo no Governo é fundamentalmente antidemocrático, porque perpetua erros burocráticos. O debate e a discussão das questões públicas são vitais para nossa saúde nacional. Sobre questões públicas deve haver "um debate aberto e vigoroso". *New York Times, Inc. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 269-270.

Confirmaria a sentença da Corte de Apelação no caso do *Post*, anularia a suspensão da Corte de Apelações importa no caso do *Times* e recomendaria que mantivesse a sentença da Corte Distrital.

As suspensões, nestes casos, que estiveram em vigor por mais de uma semana, constituem um insulto aos princípios da Primeira Emenda, conforme interpretada em *Near v. Minnesota*.

Juiz HARLAN, voto vencido, seguido pelo Presidente da Corte e pelo Juiz BLACKMUN.

Esses casos lembram forçosamente a sábia advertência do Juiz HOLMES, ao divergir da Corte na questão *Northern Securities Co. v. United States*, 193, U.S. 197, 400-401 (1904): "As regras jurídicas ruins provêm dos grandes casos e dos difíceis. Pois os grandes casos são chamados grandes, não por motivo de sua verdadeira importância em moldar a lei do futuro, mas em virtude de algum acidente de interesse dominante e imediato que apela para os sentimentos e prejudica a razão. Esses interesses imediatos exercem uma espécie de pressão hidráulica que torna duvidoso o que antes parecia claro e distante deles até princípios bem fundados do direito se dobrarão".

Com todo o respeito, considero que esta Corte tratou estas questões com uma exaltação de ânimo que beirava a irresponsabilidade.

Tanto a Corte de Apelações do Segundo Circuito como a Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia deram sua sentença no dia 23 de julho. O *Writ of*

Certiorari impetrado pelo *New York Times*, seu pedido de uma rápida apreciação, e seu requerimento para uma solução provisória foram protocolados neste Tribunal no dia 24 de junho às 11 h da manhã. O pedido dos Estados Unidos de uma decisão provisória no caso do *Post* foi também protocolado no dia 24 de junho, por volta das 19.15 h. A convocação deste Tribunal para uma audiência no dia 26 de junho às 11 h, procedimento que só aceitei para evitar a possibilidade de uma ação mais peremptória pelo Tribunal, foi emitida antes de menos de 24 h. O processo, no caso do *Post*, só deu entrada na Secretaria pouco antes das 13 h do dia 25; o processo no caso de *Times* só chegou por volta das 19 ou 20 h do mesmo dia. Os sumários das partes foram recebidos em menos de duas horas antes do debate no dia 26 de junho.

Essa seqüência frenética de acontecimentos teve lugar em nome da presunção contra restrições prévias criadas pela Primeira Emenda. A devida consideração pelas questões extraordinariamente importantes e difíceis, envolvidas nestes litígios, deveria ter levado o Tribunal a evitar esse procedimento precipitado. Para se decidir sobre os méritos destes casos com justiça, algumas ou todas as questões seguintes deveriam ter sido encaradas:

1 — Se o Procurador-Geral está autorizado a instaurar estes processos em nome dos Estados Unidos. Comparar *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1895) com *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). Essa questão envolve também a interpretação e a validade de uma lei singularmente obscura — a Lei de Espionagem, 18 U.S.C., § 793 (e).

2 — Se a Primeira Emenda permite aos tribunais federais proibir a publicação de fatos que constituam grave ameaça à segurança nacional. Ver *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, (1931) (*dictum*).

3 — Se a ameaça de publicar documentos altamente secretos é em si mesma uma implicação suficiente de segurança nacional, para justificar uma proibição sob a alegação, de que, independentemente do conteúdo dos documentos, resulta bastante dano só da prova da violação de um segredo.

4 — Se uma divulgação não autorizada de qualquer um desses documentos poria seriamente em risco a segurança nacional.

5 — Que peso deveria ser dado à opinião de altos funcionários do Executivo com relação às questões 3 e 4.

6 — Se os jornais têm direito de reter e usar os documentos, apesar dos fatos aparentemente incontestáveis de que os documentos, ou os originais de que são duplicatas, foram subtraídos do Governo e de que os jornais os receberam cientes de que tinham sido criminosamente adquiridos. Cf. *Liberty Lobby, Inc. v. Pearson*, 390 F. 2d 489 (CADC 1968).

7 — Se o suposto dano à segurança nacional ou o interesse de posse do Governo pelos documentos justificam um mandado de proibição contra a publicação, tendo em vista:

a) A vigorosa política da Primeira Emenda contra a restrição prévia da imprensa;

b) A doutrina contrária à recomendação da conduta de violação de leis criminais; e

c) Até que ponto a matéria em questão já foi, ao que parece, divulgada por outros meios.

São questões de lei e de julgamento realmente difíceis; as conseqüências potenciais de uma decisão errônea são enormes. O tempo que nos foi dado, e aos tribunais inferiores (*) e às partes, foi inteiramente insuficiente para dar a essas questões a espécie de atenção que merecem. Seria o caso de se perguntar se, tendo em vista a estabilidade do processo judicial, estas grandes questões — das mais importantes que passaram por este Tribunal desde quando aqui me encontro — deveriam ser resolvidas sob a pressão gerada pela torrente de publicidade que as acompanhou desde o início.

Forçado como sou a chegar ao mérito destes casos, discordo da opinião e dos julgamentos do Tribunal. Dentro das graves limitações impostas pelas contingências do tempo, sob as quais temos sido obrigados a funcionar, só posso dar minhas razões de forma telescópica, muito embora em diferentes circunstâncias ter-me-ia sentido constrangido em tratar dos casos com a precipitação acima aludida.

Há fundamento suficiente para ratificar sentença da Corte de Apelação do Segundo Circuito no caso do *Times*, ao observar que seu mandado deve apoiar-se na conclusão de que, por razão de tempo, não foi dado ao Governo uma adequada oportunidade de apresentar sua questão à Corte Distrital. Essa conclusão não seria, pelo menos, um abuso de discreção.

No caso do *Post*, o Governo teve mais tempo para se preparar; essa foi aparentemente a base da recusa da Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia de harmonizar sua sentença com a Corte de Apelação do Segundo Circuito. Mas acho que há outro motivo, e mais fundamental, por que essa sentença não pode ser mantida — uma razão que oferece, também, mais uma base para não se restabelecer a sentença da Corte Distrital no caso do *Times*, rejeitada pela Corte de Apelações. Parece-me evidente que a finalidade da função judiciária, ao apreciar as atividades do Executivo no campo dos assuntos externos, é muito restrita. Essa opinião, a meu ver, funda-se no conceito da distinção dos poderes sobre os quais se apóia nosso sistema constitucional.

Em discurso no plenário da Câmara dos Deputados, o Juiz JOHN MARSHALL, então membro daquela casa, declarou: “O Presidente é o único órgão da nação em suas relações exteriores, e seu único representante junto às nações estrangeiras”. *Annals*, 6th Cong., vol. 613 (1800).

(*) A audiência, no caso do *Post*, presidida pelo Juiz GESELL, começou às 8 h do dia 21 de junho, e sua decisão foi dada, sob pressão de última hora, pela Corte de Apelações, pouco antes das 17 h do mesmo dia. A audiência no caso do *Times*, sob a presidência do Juiz GURFEIN, realizou-se no dia 18 de junho e sua decisão foi entregue no dia 19. As apelações do Governo nos dois casos foram ouvidos pelas Cortes de Apelação do Distrito de Colúmbia e do Segundo Circuito, reunindo-se cada Tribunal em plenário no dia 22. Ambos chegaram à sua decisão na tarde do dia seguinte.

Desde aquele tempo, pouco depois de fundada a nação, até os dias de hoje, não houve um desafio substancial a essa descrição da natureza do Poder Executivo. Ver *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 319, 321 (1936), citando autoridades.

Dessa primazia constitucional no campo dos assuntos externos, parece-me que decorrem necessariamente certas conclusões. Algumas delas foram afirmadas concisamente pelo Pres. WASHINGTON, negando-se a atender ao pedido da Câmara dos Deputados para apresentar os documentos que levaram à negociação do Tratado de Jay: “A natureza das negociações externas exige cautela, e seu sucesso muitas vezes deve depender do segredo; e mesmo quando chegam a uma conclusão, a plena revelação de todas as medidas, exigências ou concessões eventuais que possam ter sido propostas ou consideradas, seria extremamente indelicada, podendo, por conseguinte, ter influência perniciosa sobre futuras negociações, ou produzir inconveniências, imediatas, talvez perigo e dano, com relação a outros poderes”. J. RICHARDSON, *Messages and Papers of the Presidents* 194-195 (1899).

O poder de avaliar a “influência perniciosa” da revelação prematura não é, entretanto, privativo do Executivo. Concorde em que, no exercício de seu dever de proteger os valores da Primeira Emenda contra pressões políticas, o Judiciário deve rever a determinação inicial do Executivo, de modo a assegurar que a matéria objeto da disputa esteja dentro do âmbito adequado dos poderes presidenciais no campo das relações externas. Considerações constitucionais proibem “o abandono completo do controle judiciário”. Cf. *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 8 (1953). Além disso, o judiciário pode, com razão, insistir em que a definição de que a revelação importa um risco irreparável à segurança nacional seja feita pelo chefe do Departamento Executivo em questão — nesse caso o Secretário de Estado ou Secretário da Defesa — depois da consideração pessoal e concreta daquele funcionário. Essa salvaguarda é exigida na área análoga das reivindicações executivas de privilégios em segredos de Estado. Ver *United States v. Reynolds*, *supra*, pág. 8 e n. 20; *Ducan v. Cammel, Laird & Co.* (1942), A. C. 624, 638 (Câmara dos Lordes).

Mas, na minha opinião, o Judiciário não pode ir, propriamente, além dessas duas inquirições e decidir por si mesmo o provável impacto de revelação sobre a segurança nacional.

“A própria natureza das decisões executivas com relação à política externa é política e não judiciária. Tais decisões são inteiramente confiadas por nossa Constituição aos departamentos políticos do Governo, Executivo e Legislativo. São delicadas, complexas e envolvem grandes elementos de previsão. São e devem ser asseguradas só por aqueles diretamente responsáveis diante das pessoas cujo bem-estar ou benefício esteja em causa. São decisões de uma espécie para a qual o Judiciário não tem aptidão, nem facilidade, nem responsabilidades, e que, há muito tempo, têm sido consideradas como próprias do poder político, isentas de intromissão ou inquirição judiciária”. *Chicago & Southern Air Lines v. Waterman Steamship Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948) (Jackson, J.).

Mesmo se houver motivo para o Judiciário anular a determinação executiva, é claro que a extensão dessa revisão deve ser muito restrita. Não posso ver nenhum indício nas opiniões ou da Corte Distrital ou da Corte de Apelações no caso do *Post*, de que às conclusões do Executivo tenha sido dada nem mesmo a deferência devida a uma entidade administrativa, muito menos a deferência devida a um ramo co-igual do Governo, agindo, no campo de sua prerrogativa constitucional.

Por conseguinte, votaria pela anulação da sentença da Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia, e devolveria o processo para diligência à Corte Distrital. Antes de iniciar novas inquirições, deveria ser dada ao Governo a oportunidade de apresentar, pelo Secretário de Estado ou pelo Secretário de Defesa, ou por ambos, a exposição de seus pontos-de-vista sobre a questão da segurança nacional. A revisão que se seguiria pela Corte Distrital deveria estar de acordo com os pontos-de-vista expressos neste voto. E pelas razões acima apresentadas, manteria a sentença da Corte de Apelação do Segundo Circuito.

Dependendo de novas audiências, em cada caso conduzidas sob as adequadas normas fundamentais, continuaria a impor restrições à publicação. Não posso acreditar que a doutrina que proíbe restrições prévias chegue ao ponto de impedir que os tribunais mantenham o *status quo* durante o tempo suficiente para uma ação responsável em matérias de tal importância nacional, como são as matérias agora em causa.

O Presidente da Corte, Juiz BURGER, voto vencido.

São tão claras as limitações constitucionais às restrições prévias contra a expressão, que, desde o tempo de *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), até recentemente, em *Organization for a Better Austin v. Keefe* — U.S. — (1971), temos tido pouca oportunidade de nos ocuparmos de casos que envolvam restrições prévias a notícias que se reportem a assuntos de interesse público. Há, por conseguinte, pouca variação entre os membros deste Tribunal em termos de oposição a restrições prévias a publicações. Todavia, a adesão a esse princípio básico constitucional não torna esta questão simples. Nesse caso, o imperativo de uma imprensa livre e desimpedida entra em choque com outro imperativo, o efetivo funcionamento de um complexo governo moderno, e especificamente, com o exercício efetivo de certos poderes constitucionais do Executivo. Só aqueles que consideram a Primeira Emenda como algo absoluto em todas as circunstâncias — uma teoria que respeito, mas rejeito, podem achar que se trata de uma questão muito simples ou fácil.

Esta questão não é simples por outra razão imediata. Não conhecemos os fatos da questão. Nem o juiz da Corte Distrital conheceu todos os fatos. Nem a Corte de Apelações conheceu todos os fatos. Nenhum membro deste Tribunal conhece todos os fatos.

Por que nos encontramos nesta posição, em que só aqueles juizes, para os quais a Primeira Emenda é absoluta, e não permite qualquer restrição, em

quaisquer circunstância ou por qualquer motivo, estão realmente em condições de agir?

Sou de opinião que essa situação decorre do fato de terem sido estas questões tratadas com indistigável apodamento. O Juiz HARLAN cobre a cronologia dos acontecimentos, demonstrando as pressões apaixonadas sob as quais estas questões foram processadas; e não preciso repeti-las. A imediata colocação destas questões reflete nosso horror universal pela censura prévia. Mas a pronta ação judicial não significa pressa judicial.

Além disso, a pressa frenética é devida em grande parte à maneira como o *Times* se conduziu, desde a data em que os documentos foram subtraídos. Parece, agora, razoavelmente claro que a pressa impediu um tratamento judicial sensato e cuidadoso destas questões, e não foi justificada. A ação precipitada desta Corte, abortando uma sentença incompleta, não é a espécie de conduta judicial que se deve esperar no tratamento de uma grande questão.

Os jornais reivindicam seus direitos com base na Primeira Emenda; denominam sua pretensão como o direito do público de saber; por implicação, afirma-se o *Times* único fiduciário daquele direito por força de seu "furo" jornalístico. O direito é declarado como sendo absoluto. A Primeira Emenda, naturalmente, não constitui em si mesma um direito absoluto, como o Juiz HOLMES ressaltou, há muito tempo, em seu aforismo, referindo-se ao direito de gritar "fogo" num teatro lotado. Há outras exceções, algumas das quais o Min. HUGUES mencionou, a título de exemplo, em *Near v. Minnesota*. Há, sem dúvida, muitas outras exceções que ninguém teve a ocasião de descrever ou discutir. É possível que essas exceções estejam latentes nestes casos e se teriam revelado, se tivessem sido consideradas adequadamente nos tribunais, livres de uma pressa injustificada e de pressões frenéticas. Grandes questões como estas devem ser tratadas numa atmosfera judicial que conduza a uma deliberação refletida e objetiva, especialmente quando a pressa, em termos de horas, não se justifica, tendo em vista o grande período pelo qual o *Times*, por sua própria iniciativa, prorrogou a publicação.

Não se discute se o *Times* reteve ilegítimamente os documentos por três ou quatro meses, durante os quais os submeteu ao estudo de seus analistas, presumivelmente sintetizando-os e preparando a matéria para publicação. Durante todo esse tempo, o *Times*, supostamente em sua capacidade de fiduciário do "direito de saber" do público, suspendeu a publicação para fins que considerava justos, e assim o conhecimento do público foi adiado. Não há dúvida de que teve boas razões para isso; a análise de 7.000 págs. de uma matéria complexa retirada de um volume de matéria muito maior levaria, inevitavelmente, muito tempo e a redação de boas reportagens também exige tempo. Mas por que o Governo dos Estados Unidos, de quem essa informação foi ilegalmente retirada, deveria ser colocado sob uma pressão desnecessária, juntamente com os advogados e os juizes? Depois desses meses de adiamento, o alegado direito de saber tornou-se de repente um direito que deve ser ato contínuo reivindicado.

Não teria sido razoável, uma vez que o jornal pudesse prever as objeções do governo à entrega de matéria secreta, dar ao governo oportunidade de

rever toda a coleção e determinar a possibilidade de se chegar a um acordo quanto à publicação? Roubados ou não, se a segurança não estivesse de fato em perigo, grande parte do material poderia sem dúvida ter sido desclassificado, uma vez que se estende por um período que termina em 1968. Com esse método — método que grandes jornais adotaram no passado e afirmaram em editoriais ser o dever de uma imprensa honrada — os jornais e o governo poderiam muito bem ter reduzido a área de atrito quanto ao que era ou não era publicável, deixando o restante para ser resolvido num processo regular, se necessário. Quanto a mim, custo a acreditar que um jornal, há muito considerado como uma grande instituição da vida americana, deixaria de cumprir com um dos deveres simples e elementares de todo cidadão com referência à descoberta ou posse de propriedade ou de documentos secretos subtraídos do governo. Esse dever, pensava — talvez, ingenuamente — seria comunicar o fato, imediatamente, às autoridades competentes. Esse dever é tanto de motoristas de táxis, de juizes, como do *New York Times*. O processo seguido pelo *Times*, se premeditado ou não, afastou qualquer possibilidade de um processo regular das questões. Se a ação dos juizes até agora foi justa, esse resultado é simples obra do acaso.¹

Nossa concessão do mandado, antes do julgamento final no caso do *Times*, abortou a sentença da Corte de Apelações antes que tivesse feito um processo completo de acordo com o mandado da Corte de Apelações do Segundo Circuito.

A consequência de toda essa série melancólica de acontecimentos é que, literalmente, não sabemos o que estamos fazendo. Conforme meu ponto-de-vista, fomos forçados a tratar do litígio concernente a direitos de grande magnitude sem o processo adequado e, certamente, sem tempo para um tratamento adequado quer nos processos anteriores quer neste Tribunal. É interessante observar que os advogados, no debate oral diante desta Corte, não puderam, várias vezes, responder a perguntas sobre pontos concretos. Não surpreende sua declaração de que estiveram trabalhando, literalmente, “em cima da hora” e, simplesmente, não puderam rever os documentos que suscitaram essas questões e com os quais não estavam familiarizados. Este Tribunal não está em melhor situação. Concordo com o Juiz HARLAN e o Juiz BLACKMUN, mas não estou disposto a entrar no mérito.²

1. O curioso é que o *Times* explicou sua recusa em permitir que o governo examinasse seus próprios documentos roubados, dizendo, em substância, que isso poderia comprometer suas fontes e seus informantes! O *Times* afirma, assim, um direito de guardar segredo dessas fontes, enquanto nega o mesmo direito ao Governo dos Estados Unidos.

2. Com referência à questão do poder inerente ao Executivo de classificar documentos, registros e escritos como secretos, ou de outra maneira torná-los indisponíveis para o público, e de se assegurar da ajuda dos tribunais para o exercício deste poder, pode haver uma analogia com relação a este Tribunal. Nenhuma lei dá a este Tribunal o expresso poder de estabelecer e exercer as medidas de segurança máxima dos segredos de nossas deliberações e processos. Não obstante, tenho muito pouca dúvida quanto ao inerente poder deste Tribunal de proteger a segurança de suas operações internas por quaisquer medidas judiciais que possam ser necessárias.

Confirmaria a sentença da Corte de Apelações do Segundo Circuito e mandaria a Corte Distrital completar o julgamento abortado pela nossa concessão de *Writ of Certiorari*, e manter o *status quo* no caso do *Post*. Recomendaria, ao devolver o processo à Corte Distrital, que desse prioridade ao caso do *Times* com a exclusão de todos os outros assuntos daquele Tribunal, mas não estabeleceria prazos arbitrários.

Acrescentaria que, em geral, não estou de acordo com muita coisa expressa pelo Juiz WHITE com referência a sanções penais concernentes à comunicação ou retenção de documentos ou informação relativos à defesa nacional.

Todos nós ansiamos por processos judiciais mais rápidos, mas quando os juizes sofrem pressões, como nestas questões, o resultado é uma paródia do processo judicial.

Juiz BLACKMUN, voto vencido.

Acompanho o Juiz HARLAN no seu voto vencido. Estou, também, substancialmente de acordo com grande parte do que diz o Juiz WHITE, a título de advertência, na última parte de seu voto.

Neste ponto o problema está apenas em alguns documentos, relativamente poucos, especificados pelo Governo como críticos. No que concerne ao material restante — em grande quantidade — que seja publicado e publicado imediatamente, se os jornais, uma vez passada a tensão e diminuído o sensacionalismo, ainda acharem que o devam fazer.

Mas, nos ocupamos aqui dos poucos documentos especificados nos 47 volumes. Há quase 70 anos atrás, o Juiz HOLMES, *divergindo* numa célebre questão, observava: “As regras jurídicas ruins provêm dos grandes casos e dos difíceis. Pois os grandes casos são chamados grandes, não por causa de sua verdadeira importância em moldar a lei do futuro, mas em virtude de algum acidente de interesse dominante e imediato que apela para os sentimentos e prejudica a razão. Esses interesses imediatos exercem uma espécie de pressão hidráulica...” *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 400-401 (1904).

As questões presentes, se não são grandes, são pelo menos fora do comum em sua posição e implicações, e a observação de HOLMES certamente tem sua aplicação oportuna.

O *New York Times* passou três meses analisando clandestinamente os 47 volumes de que se apossou ilegítimamente. Tão logo iniciou a publicação da matéria daqueles volumes, levantou-se a questão do *New York Times*. Esta questão assumiu imediatamente, e desde então assim vem-se mantendo, ritmo e caráter frenéticos. Evidentemente, uma vez começada a publicação, a matéria não poderia ser tornada pública com bastante rapidez. Evidentemente, daí por diante, todo deferimento ou adiamento, por restrição ou outro meio qualquer seria odioso e pareceria constituir uma violação da Primeira Emenda e do direito público de “tomar conhecimento imediatamente”. Não obstante, aquele órgão da imprensa compareceu ao debate oral e manifestou sua crítica ao

governo por só ter acolhido seu protesto depois de um telegrama na segunda-feira, após a publicação inicial do domingo.

O caso do Distrito de Colúmbia é quase idêntico.

Duas Cortes distritais federais, duas Cortes de Apelações dos Estados Unidos e esta Corte — num período de menos de três semanas, desde o começo até hoje — foram pressionados a emitir uma sentença apressada sobre profundas questões constitucionais, sobre fatos inadequadamente desenvolvidos e em grande parte supostos, sem a cuidadosa deliberação que, espero, deve caracterizar o processo judicial americano. Escreveu-se muito sobre leis e se teve pouco conhecimento e assimilação dos fatos. No caso de Nova Iorque, os juízes, tanto do tribunal comum como do Tribunal de Apelações, não tinham ainda examinado o material básico, quando o caso lhes foi apresentado. No caso do Distrito de Colúmbia, foi feito um pouco mais, e o que foi realizado nesse sentido foi apenas em devolução exigida, como o *Washington Post* recusando-se, inicialmente, sob a alegação de que estava procurando proteger sua fonte de informação, a revelar o material que realmente possuía, e com o Tribunal Distrital forçado a fazer suposições quanto àquela posse.

Com o devido respeito à opinião contrária, esta não é a meu ver, a maneira de julgar uma questão dessa magnitude e dessa importância. Não é a maneira de julgar dos tribunais federais, ou de serem solicitados a julgar questões que, se supõe, interessam ao bem-estar vital do país. O país não sofreria se os casos fossem julgados rapidamente, por assim dizer, mas da maneira costumeira e adequadamente deliberativa. O material mais recente, segundo consta, não vai além de 1968, há cerca de três anos atrás, e o próprio *Times* levou três meses para fazer seu plano de ação e, assim, privou seu público durante esse período.

A Primeira Emenda, afinal de contas, é apenas uma parte de toda uma Constituição. O Art. II do grande documento investe o Executivo do poder primário sobre a condução dos negócios externos e lhe atribui a responsabilidade pela segurança da nação. Toda provisão da Constituição é importante, e não posso subscrever uma doutrina de limitado absolutismo da Primeira Emenda, à custa do rebaixamento de outras provisões. O absolutismo da Primeira Emenda nunca dominou a maioria dos casos deste Tribunal. Ver, por exemplo, *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 708 (1931), e *Schenck United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919). O de que se precisa aqui é de uma apreciação, segundo padrões adequadamente desenvolvidos, do amplo direito da imprensa de publicar e do limitadíssimo direito do Governo de proibir. Esses padrões não foram ainda desenvolvidos. As partes, aqui, estão em desacordo quanto à natureza desses padrões. Mas até os jornais concedem que há situações em que a restrição é normal e constitucional. O Juiz HOLMES nos deu uma sugestão quando disse em *Schenck*: “É uma questão de proximidade e de grau. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que poderiam ser ditas em tempo de paz constituem de tal modo obstáculo para seus esforços, que sua expressão não será suportada enquanto os homens lutarem e nenhum Tribunal poderia considerá-la protegida por qualquer direito constitucional”. 249 U.S., pág. 52.

Eu devolveria, portanto, esses casos, para serem resolvidos rapidamente, mas num ritmo que permitisse a apresentação regular de provas por ambas as partes, com o uso da revelação compulsória, se necessário, conforme autorizado pelas normas, e com a preparação de sumários, debate oral e pareceres do Tribunal de uma qualidade superior à que tem sido vista até agora. Ao dar este último voto, não estou criticando nenhum juiz ou advogado. Conheço por experiência pessoal a agonia da premência de tempo na preparação de um litígio. Mas esses casos e as questões envolvidas e os tribunais, inclusive este, merecem mais do que se produziu até agora.

É possível que se estes casos pudessem ser desenvolvidos como deveriam ser, e ser apresentados como os advogados deveriam apresentá-los e os tribunais deveriam ouvi-los, livres de pressão, do pânico e do sensacionalismo, outra luz seria lançada sobre a situação, e considerações contrárias, quem sabe, poderiam prevalecer. Mas essa não é a situação atual do litígio.

A corte, entretanto, decide os casos de hoje de outra maneira. Acrescento, por conseguinte, uma consideração final.

Insisto firmemente, e sinceramente espero, que esses dois jornais tenham plena consciência de sua imensa responsabilidade diante dos Estados Unidos da América. O Juiz WILKEY, em voto dissidente no caso do Distrito da Colúmbia, depois de apreciar apenas os depoimentos diante de seu tribunal (os documentos básicos não foram apresentados por nenhuma das partes), concluiu que havia exemplos de documentos que, se estivessem na posse do *Post* e fossem publicados, “poderiam resultar em grande dano para a nação”, e definiu esse “dano” como “a morte de soldados, a destruição de alianças, dificuldades cada vez maiores e negociar com nossos inimigos, a impossibilidade de negociar de nossos diplomatas...” Quanto a mim, pude estudar superficialmente não só alguns depoimentos, mas também o próprio material. Lamento dizer que depois desse estudo, temo que as apreensões do Juiz WILKEY, tenham fundamento. Partilho, por conseguinte, da sua preocupação. Espero que o dano ainda não se tenha efetivado. Se, entretanto, já o foi e, se com a decisão de hoje, deste Tribunal os citados jornais continuarem a publicar os documentos críticos e disso resultar “a morte de soldados, a destruição de alianças, as dificuldades cada vez maiores de negociar com nossos inimigos, a impossibilidade de negociar de nossos diplomatas”, resultados estes aos quais poderia acrescentar os fatores de prolongamento da guerra e adiamento da libertação de prisioneiros dos Estados Unidos, então o povo da nação saberá a quem toca a responsabilidade dessas tristes consequências.

LEIS E PROJETOS

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE EXTRADIÇÃO

Em sua reunião do Rio de Janeiro, realizada em fevereiro do corrente ano, a Comissão Jurídica Interamericana aprovou o projeto de Convenção Interamericana sobre Extradicação, com a seguinte redação:

Art. 1.º. Os Estados contratantes se obrigam, nos termos da presente Convenção, a entregar as pessoas culpadas judicialmente, processadas ou condenadas por outro Estado contratante que solicite a extradicação.

Art. 2.º. 1) Para que se proceda a extradicação requer-se que o delito pelo qual o reclamado tenha sido culpado judicialmente, processado ou condenado e se tenha cometido na jurisdição do Estado requerente, determinada por sua legislação, em vigência no momento da infração.

2) Quando o delito pelo qual se requer a extradicação tenha cometido fora do território do Estado requerente, se poderá conceder a extradicação sempre que o Estado requerente tenha jurisdição para conhecer do delito que motiva a solicitação de extradicação, e ditar os passos seguintes.

Art. 3.º. 1) Para determinar a procedência da extradicação se aplicarão, também, as seguintes normas:

a) Se se exercita entre Estados que aceitam, nos termos desta Convenção, a duração da pena como base para a extradicação, será necessário que o delito que motivou a citação judicial, o processo ou a condenação do reclamado, por seus feitos constitutivos, prescindindo de circunstâncias modificativas e da denominação do delito, este sancionado no momento da infração, com a pena de privação de liberdade por um ano, como mínimo tanto na legislação do Estado requerente como no do Estado requerido;

b) Se se exercita entre Estados que tenham apresentado, nos termos dos §§ 2.º, 3.º e 4.º deste artigo, listas de delitos a base das quais solicitam ou concedem a extradicação, será necessário que o delito que motiva o processo ou a condenação do reclamado se encontre incluído nas citadas listas apresentadas por ambos os Estados, anteriormente à cominação do fato punível de que se trata;

c) Se se exercita entre Estados dos quais um aceita como base para pedir ou outorgar a extradicação a duração da pena e outro a das listas, será necessário que o delito se ache incluído na lista do Estado requerente ou na do requerido,

e que, também, esteja sancionado com a pena de privação de liberdade por um ano, no mínimo, em ambos os Estados;

d) Se se exercita entre Estados cujas legislações estabeleçam penas mínimas e máximas, será necessário que o delito, matéria do processo, seja passível, de acordo com a legislação do Estado requerente e do Estado requerido, de uma pena média mínima de dois anos de prisão. Se considera pena média a semi-soma dos extremos de cada uma das penas privativas da liberdade.

2) As relações a que se faz referência neste artigo serão acrescentadas como anexo da presente Convenção no momento da assinatura ou do depósito da ratificação.

3) Todo Estado poderá mudar, a qualquer momento, sua posição a respeito das bases para a procedência da extinção, segundo o indicado nas letras *a* e *b* do § 1.º deste artigo, comunicando-o assim e apresentando ou retirando a relação, segundo seja o caso, à Organização dos Estados Americanos, a fim de que esta faça a notificação correspondente às partes na Convenção. Esta mudança não terá efeito retroativo, salvo quando beneficie o reclamado, e se entenderá vigente desde a data de sua notificação.

4) As listas também poderão ser modificadas a qualquer momento pelo Estado que as tenham apresentado, comunicando o fato à Organização dos Estados Americanos a fim de que faça a notificação correspondente às partes em Convenção. Esta modificação não terá efeito retroativo, e se entenderá vigente desde a data de sua notificação.

Art. 4.º. A solicitação de extradição será formulada pelo agente diplomático do Estado requerente, ou na falta deste, por seu agente consular, ou em seu lugar pelo agente diplomático de um terceiro Estado a que esteja confiada, com o consentimento do governo do Estado requerido, a representação e proteção dos interesses do Estado requerente. Essa solicitação poderá também ser formulada diretamente de governo a governo, segundo o procedimento que um e outro convenham.

Art. 5.º. Com a solicitação de extradição deverá apresentar-se os documentos que se expressam a continuação, devidamente autenticados na forma prescrita pelas leis do Estado requerente, o que se completará com as legalizações ou outros meios de autenticação que exijam as leis do Estado requerido:

a) Certificação do auto de prisão, da ordem de detenção ou outro documento de igual valia, emanado de autoridade judicial competente, assim como dos elementos de prova que segundo a legislação do Estado requerido sejam suficientes para apreender e submeter à justiça o reclamado:

b) Certificação literal da sentença executória, quando o indivíduo tenha sido condenado pelos tribunais do Estado requerente:

c) Texto das disposições legais que tipifiquem e sancionem o delito imputado, assim como das referentes às prescrições da ação penal e da pena.

2) Com a solicitação de extradição deverão apresentar-se, também, a tradução no idioma do Estado requerido, no caso, dos documentos que se expressam no parágrafo anterior, assim como os dados pessoais que permitam a identificação

do reclamado, identificação sobre sua nacionalidade e inclusive, quando for possível, sua situação dentro do território do Estado requerido, fotografias, impressões digitais ou qualquer outro meio satisfatório de identificação.

Art. 6.º. O Estado requerido, quando considerar insuficiente a documentação apresentada, o fará saber o mais rápido possível ao Estado requerente, concedendo-lhe um prazo de 60 dias para que supra as deficiências assinaladas.

Art. 7.º O Estado requerido tem a faculdade de conceder ou negar a extradição nos casos seguintes:

1.º) Quando o reclamado tenha sido posto em liberdade por não ter-se feito cargo dele o Estado requerente dentro do prazo assinalado no art. 19 desta Convenção.

2.º) Quando o Estado requerido seja competente, segundo sua própria legislação para julgar a pessoa cuja extradição solicita pelo delito em que se fundamenta o requerimento.

Art. 8.º. A nacionalidade do reclamado não poderá ser invocada como causa para denegar a extradição, salvo se a legislação do Estado requerido estabeleça em contrário.

Art. 9.º. Quando, correspondendo a extradição, um Estado não entregar a pessoa requerida, por ocorrer algum impedimento o Estado requerido fica obrigado a julgá-la pelo delito que se lhe imputa, de igual maneira que se este tivesse cometido em seu território, e deverá comunicar ao Estado requerente a sentença que for ditada.

Art. 10. A extradição não é procedente:

1.º) Quando o reclamado tenha cumprido a pena correspondente ou tenha sido anistiado ou indultado no Estado requerente pelo delito que motivou a solicitação de extradição, ou quando tenha sido absolvido ou se tenha sobrestado definitivamente a seu favor pelo mesmo delito:

2.º) Quando esteja prescrita a ação penal ou a pena, de conformidade com a legislação do Estado requerente ou do Estado requerido com anterioridade ao outorgamento da extradição:

3.º) Quando o reclamado for para ser julgado ante um tribunal de exceção ou *ad hoc* no Estado requerente;

4.º) Quando de acordo com a qualificação do Estado requerido se trate de delitos políticos, ou de delitos conexos. A circunstância de que a vítima do fato punível de que se trata exercera funções políticas não justificada por si só que o citado delito seja qualificado como político;

5.º) Com relação aos delitos que no Estado requerido não possam perseguir-se de ofício, a não ser que tenha questão de parte legítima.

Art. 11. Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá a extradição por delito de genocídio ou outros delitos que sejam suscetíveis de extradição em tratados vigentes entre o Estado requerente e o Estado requerido.

Art. 12. Nada do disposto na presente Convenção poderá ser interpretado como limitação do direito de asilo, quando este corresponda.

Art. 13. Nenhuma pessoa entregue a um estado de conformidade com esta Convenção poderá sofrer a pena de morte ou a privação de liberdade por vida.

Art. 14. 1) Quando um Estado contratante solicite de outro, por qualquer dos meios contemplados no art. 4.º desta Convenção a detenção provisória de um indivíduo com fundamento em determinado fato delitivo, anunciando a intenção de formular a solicitação de extradição, o Estado ao qual se dirija a petição deverá, segundo a gravidade, urgência e natureza do caso, atender ao pedido o tornar as medidas precautórias que lhes pareçam adequadas.

2) Se a solicitação de extradição, acompanhada dos documentos a que se refere o art. 5.º não for apresentada dentro de 60 dias, o indivíduo será posto em liberdade ou liberado das medidas precautórias a que se refere o parágrafo anterior e não poderá ser submetido a novas restrições pelo mesmo delito.

3) A responsabilidade que se derive da detenção provisória corresponderá exclusivamente ao Estado que houver solicitado a medida.

Art. 15. Se a extradição é solicitada por mais de um Estado, seja pelo mesmo ou por diferentes delitos o Estado requerido tomará sua decisão tendo em consideração todas as circunstâncias, e em especial, a gravidade relativa e o lugar em que se cometeram os delitos, as datas respectivas das solicitações, a nacionalidade da pessoa reclamada e a possibilidade de uma extradição posterior para outro Estado.

Art. 16. Quando o indivíduo reclamado estiver *sub judice* ou cumprindo condenação no Estado requerido, por delito diverso do que motivou à solicitação de extradição, sua entrega poderá ser deferida até que tenha direito a ser liberado em virtude de sentença absolutória, cumprimento ou comutação da pena, sobretudo, indulto ou anistia. Nenhuma obrigação civil que possa ter pendente e reclamado no Estado requerido poderá impedir ou prolongar a entrega.

Art. 17. A pessoa cuja extradição tenha sido acordada não poderá ser julgada pelo Estado requerente por delitos cometidos anteriormente à data da solicitação de extradição e não incluídos na citada solicitação e na ordem de entrega. Excetuam-se os dos casos seguintes:

a) Quando a citada pessoa tenha estado em liberdade de abandonar o território do Estado, requerendo durante 30 dias, depois de ter sido julgada e absolvida do delito pelo qual se concedeu a extradição;

b) Quando tenha estado em liberdade de abandonar o território do Estado, requerente durante 30 dias, depois de ter cumprido a sentença imposta ou obtido à liberdade por outra causa.

2) Quando a extradição tenha sido concedida, o Estado requerente deverá comunicar ao Estado requerido a sentença definitiva, ou outra resolução que ponha fim ao processo.

Art. 18. A pessoa reclamada poderá fazer uso de todos os recursos legais que outorguem à legislação do Estado requerido.

3) O reclamado deverá ser assistido por um defensor, e se o idioma oficial do país for diverso do seu, também por um intérprete.

4) Se o reclamado manifestar livremente ante a autoridade competente para resolver sobre a extradição, sua conformidade com ela, o Estado requerido o porá à disposição do Estado requerente, salvo se o delito em que se fundamenta a solicitação não autorize a extradição ou que exista impedimento a sua concessão de acordo com a legislação do Estado requerido.

Art. 19. Se a extradição se houver concedido, o Estado requerente deverá assumir a responsabilidade pelo reclamado no prazo de 30 dias a contar da data em que tiver posto à sua disposição. Se não o fizer dentro do citado prazo, se porá em liberdade o reclamado que não poderá ser submetido a novo procedimento de extradição pelo mesmo delito ou delitos. Entretanto, esse prazo será suspenso pelo tempo em que o Estado requerente, se veja impossibilitado, por circunstâncias que não sejam imputáveis, de responsabilizar-se e conduzi-lo para fora do território do Estado requerido.

2) Negada a extradição de um indivíduo não poderá solicitar-se de novo pelo mesmo delito.

Art. 20. A entrega do reclamado aos agentes do Estado requerente se efetuará no local determinado pelo Estado requerido.

2) Se a solicitação de detenção provisória ou a de extradição se estenderem ao seqüestro de documentos, dinheiro ou outros objetos que provenham do delito imputado ou que possam servir para a prova, tais objetos serão recolhidos e depositados sob inventário pelo citado Estado, para serem entregues ao Estado requerente se a extradição for concedida a menos que a lei do Estado requerido se oponha a isso. Em todo o caso, ficarão a salvo os direitos de terceiros.

Art. 21. Os agentes do Estado requerente que se encontrem no território de outro Estado contratante para receber um indivíduo cuja extradição tenha sido concedida, estarão autorizados a custodiá-lo e conduzi-lo até o território do Estado requerente sem prejuízo de estar submetido à jurisdição do Estado em que se encontrem.

Art. 22. Os Estados contratantes permitirão o trânsito por seu território de um indivíduo cuja extradição tenha sido concedida sob a custódia de agentes do Estado requerente e do requerido, segundo o caso, sem outro requisito que a apresentação de cópia da resolução que concedeu a extradição, legalizada pelo agente diplomático ou consular do país de trânsito acreditado ante o Estado requerido. O Estado poderá opor-se ao trânsito daquele por seu território, se isso criar dificuldades de ordem pública, como também no caso em que a pessoa conduzida for nacional do Estado de trânsito ou que tiver dificuldades por atribuir-lhe caráter de asilado político.

Art. 23. Os gastos de prisão, custódia, manutenção e transporte da pessoa extraditada, assim como dos objetos a que refere o art. 20, serão por conta do Estado requerido, até o momento de sua entrega, e desde então ficarão por conta do Estado requerente.

Art. 24. A presente Convenção ficará aberta à assinatura dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, assim como qualquer outro Estado que o solicite.

Art. 25. A presente Convenção será ratificada pelos Estados signatários de acordo com os seus respectivos procedimentos constitucionais.

Art. 26. O instrumento original, cujos textos em espanhol, francês, inglês e português são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, e dita Secretaria enviará cópias certificadas aos governos signatários para os fins de sua ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos e a citada Secretaria notificará tal depósito aos governos signatários.

Art. 27. A presente Convenção entrará em vigor entre os Estados que a ratifiquem, na ordem em que depositem os instrumentos de suas respectivas ratificações (cláusula relativa às convenções anteriores sobre extradição).

Art. 28. A presente Convenção reagirá indefinidamente, porém, qualquer dos Estados contratantes poderá denunciá-la. A denúncia será transmitida à Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, e a citada Secretaria a comunicará aos demais Estados contratantes. Transcorrido um ano a partir da denúncia, a Convenção cessará em seus efeitos para o Estado denunciante, ficando subsistindo para os demais Estados contratantes.

ANEXO

Cláusula relativa às convenções anteriores sobre extradição.

A 4.11.1959 o Comitê Jurídico Interamericano, em cumprimento da Resolução V da 4.^a Reunião do Conselho Interamericano de Jurisconsultos, aprovou as seguintes fórmulas alternativas relacionadas com a vigência das convenções anteriores (multilaterais e bilaterais), sobre extradição:

Primeira Fórmula — A presente Convenção substitui, entre os Estados que a ratifiquem, as convenções coletivas e pactos bilaterais ou plurilaterais vigentes atualmente entre eles.

Segunda Fórmula — A presente Convenção substitui, entre os Estados que a ratifiquem, às convenções coletivas, porém não ab-roga os pactos bilaterais ou plurilaterais vigentes atualmente entre eles. Não obstante, sem nenhum destes deixará de reger, entrará a aplicar-se imediatamente à presente convenção.

Terceira Fórmula — A presente Convenção substitui entre os Estados que a ratifiquem, as convenções coletivas, porém não ab-roga os pactos bilaterais ou plurilaterais vigentes atualmente entre eles.

Quarta Fórmula — A presente Convenção relembra a Convenção de Montevideu de 1933 sobre os Estados partes, nela que ratifiquem, esta Convenção.

Entretanto, a presente Convenção não ab-roga nem modifica as Convenções bilaterais ou plurilaterais, atualmente em vigência, entre os Estados contratantes. Não obstante, se alguma destas se extingue, a presente Convenção entrará imediatamente em vigor.

Quinta Fórmula — A presente Convenção relembra a Convenção de Montevideu de 1933, e o título III, arts. 344 e 381 do Código de Direito Internacional Privado (Código Bustamante) subscrito em Havana, em 1928, relativo aos Estados partes nessas Convenções que ratifiquem esta Convenção.

Contudo, a presente Convenção não ab-roga nem modifica as Convenções bilaterais ou plurilaterais atualmente em vigência entre os Estados contratantes. Não obstante, se alguma dessas se extingue a presente Convenção entrará imediatamente em vigência.

Em suas observações formuladas em 1972, o governo da Argentina indicou que prefere a segunda fórmula e o governo da Venezuela expressou sua preferência pela quinta fórmula.

ANTEPROJETO DE LEI*

Define as infrações penais relativas à circulação de veículos, regula o respectivo processo e julgamento e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1.º. Os crimes e contravenções cometidos na condução de veículos ou com ela relacionados são definidos nesta lei, ressalvadas as disposições legais que permanecem em vigor.

Interdição para conduzir veículo motorizado

Art. 2.º. A interdição para conduzir veículo motorizado pode ser imposta como pena principal, isolada ou cumulativamente com outras penas, como pena acessória e como medida de segurança.

Pena de interdição

Art. 3.º. A pena de interdição para conduzir veículo motorizado tem a duração de dois meses a dois anos.

Início da pena de interdição

Parágrafo único. A pena de interdição inicia-se quando transita em julgado a sentença condenatória.

O condenado devolverá à autoridade policial ou judiciária a carteira de habilitação, se for condutor habilitado, dentro do prazo de 48 horas, após a intimação realizada para tal efeito.

Interdição como pena acessória

Art. 4.º. É facultativa, como pena acessória, a interdição para conduzir veículo motorizado, se o réu for primário, e obrigatória, se reincidente em infração penal relativa à circulação de veículos.

* Elaborado pela Comissão Especial instituída pelo Conselho Federal da OAB, composta dos conselheiros Ivo D'AQUINO (presidente), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (relator), CARLOS DE ARAÚJO LIMA, SERRANO NEVES e A. EVARISTO DE MORAES F.º.

Duração da pena acessória § 1.º. A pena acessória de interdição para conduzir veículo motorizado terá a duração prevista no art. 3.º.

Cabimento da pena acessória § 2.º. Quando não expressamente cominada ao fato punível, a pena de interdição deve ser imposta ao réu primário em infrações penais cometidas na direção de veículo, sempre que as circunstâncias do fato revelarem a violação particularmente reprovável dos deveres que incumbem aos condutores de veículos.

Interdição para conduzir veículo motorizado como medida de segurança Art. 5.º. Ao condenado por crime cometido na direção de veículo motorizado deve ser cassada a licença para conduzir ou proibida a concessão da licença, se ele não a possuir pelo prazo de um a dois anos, se as circunstâncias do fato e os antecedentes do condenado revelam inaptidão para essa atividade e conseqüente perigo para a incolumidade alheia.

Execução imediata da medida de segurança § 1.º. Quanto à medida de segurança prevista neste artigo, não terá efeito suspensivo o recurso interposto contra a sentença que a impuser. Se o condenado for condutor habilitado, devolverá à autoridade policial ou judiciária a carteira de habilitação dentro do prazo de 48 horas após a intimação realizada para tal efeito.

§ 2.º. Se antes de expirado o prazo estabelecido, é verificada a cessação do perigo condicionante da interdição, esta é revogada; mas, se o perigo persiste ao término daquele prazo, prorroga-se este enquanto não cessa aquele.

§ 3.º. A cassação da licença e a proibição de sua concessão devem ser determinadas mesmo no caso de absolvição do réu por inimputabilidade.

§ 4.º. A interdição no caso de que trata este artigo pode abranger todo tipo de veículo motorizado ou limitar-se a um deles.

Interdição aplicada ao réu preso Art. 6.º. A interdição para conduzir veículo motorizado não se inicia enquanto o réu estiver cumprindo pena privativa da liberdade.

Comunicação da interdição ao CONTRAN e ao DETRAN Art. 7.º. A interdição para conduzir veículo motorizado será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao CONTRAN e ao DETRAN do Estado em que o condenado tiver domicílio.

Circunstâncias agravantes Art. 8.º. São circunstâncias que sempre agravam as penas das infrações penais previstas nesta lei ter o agente cometido a infração:

- a) em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos;
- b) com perigo para duas ou mais pessoas ou com risco de grave dano patrimonial;

- c) sem possuir habilitação para dirigir o veículo que conduzia;
- d) sendo motorista profissional;
- e) utilizando veículo em que tenham sido alterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante;
- f) utilizando veículo sem placas ou com placas falsas ou adulteradas;
- g) sobre faixa de trânsito temporária ou permanentemente destinada ao pedestre.

Circunstâncias atenuantes Art. 9.º. São circunstâncias que sempre atenuam a pena ter sido a infração cometida:

- a) concorrendo culpa de outrem;
- b) concorrendo defeito ou omissão na construção ou na conservação da rodovia ou da sinalização;
- c) concorrendo deficiência técnica na fabricação do veículo.

Réu menor de 21 anos Art. 10. Nas infrações penais de que trata esta lei não terá qualquer efeito jurídico o fato de contar o agente menos de 21 anos, salvo no que tange ao estabelecimento em que deve ser internado para o cumprimento da pena privativa da liberdade.

Perdão judicial Art. 11. O juiz pode deixar de aplicar a pena privativa da liberdade quando o acidente causa morte ou lesão corporal exclusivamente em cônjuge, ascendente, descendente, adotante ou adotado, afim em linha reta ou pessoa com a qual o agente vive maritalmente.

Suspensão condicional da pena Art. 12. A sentença especificará as condições a que fica subordinada a suspensão condicional da pena, nos casos em que puder ser concedida ao condenado, devendo prever particularmente a obrigação de reparar o dano em prazo a ser determinado na sentença.

Parágrafo único. O juiz pode subordinar a suspensão condicional da pena ao cumprimento de medidas de caráter educativo.

CAPÍTULO II

Dos crimes cometidos na circulação de veículos

Homicídio culposo Art. 13. O homicídio culposo cometido na direção de veículo motorizado será punido com a pena de detenção de um a quatro anos, pagamento não excedente a 200 dias-multa e interdição para conduzir veículo motorizado.

Lesão corporal culposa Art. 14. A ofensa culposa à integridade corporal ou à saúde de outrem cometida na direção de veículo motorizado será punida com a pena de detenção de quatro meses a um ano e pagamento não excedente a 90 dias-multa.

Lesão corporal leve § 1.º. Se a lesão é leve, o juiz pode aplicar exclusivamente a pena patrimonial.

Lesão corporal grave § 2.º. Se a lesão é grave, a pena privativa da liberdade será aumentada de um terço até a metade, e a pena patrimonial pode ser aumentada até o dobro. Neste caso, aplica-se também a pena de interdição para conduzir veículo motorizado.

Omissão de socorro Art. 15. 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. Pena: detenção até seis meses ou pagamento de 30 a 90 dias-multa, sem prejuízo de outras penas resultantes do fato.

Fuga do local do acidente Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condutor de veículo motorizado envolvido em acidente de trânsito que se afasta do local para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.

Embriaguez ao volante Art. 16. Conduzir veículo motorizado na via pública sob influência do álcool ou substância de efeitos análogos. Pena: detenção de três a seis meses ou pagamento de 30 a 90 dias-multa e interdição para conduzir veículo motorizado até seis meses.

§ 1.º. Sem prejuízo da verificação da embriaguez por outros elementos, considera-se em tal estado quem tiver teor alcoólico no sangue igual ou superior a 0,10% em peso.

§ 2.º. A percentagem em peso de álcool será baseada em gramas de álcool por 100 cm³ de sangue.

§ 3.º. Todo condutor de veículo motorizado que tenha cometido qualquer infração às regras do trânsito, capaz de proporcionar fundadas suspeitas quanto a seu estado, pode ser submetido a exame de respiração, sangue, urina ou saliva, para determinar a ingestão de álcool ou de qualquer outra substância de efeitos análogos. Se o condutor do veículo se recusa ao exame, ser-lhe-á imposta a pena de interdição para conduzir veículo motorizado por seis meses, no mínimo, e pagamento de 90 dias-multa, no mínimo.

Desobediência à interdição Art. 17. Conduzir veículo motorizado violando interdição imposta com fundamento nesta lei.

Pena: detenção de três meses a um ano ou pagamento de 150 dias-multa no mínimo, com imposição adicional de novo prazo de interdição.

Retenção da Carteira de Habilitação Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixar de devolver a carteira de habilitação no prazo estabelecido (art. 3.º, parágrafo único; art. 5.º, § 1.º).

Perigo resultante de violação de regra do trânsito Art. 18. Conduzir veículo motorizado violando regra de trânsito e expondo a perigo a incolumidade de outrem.

Pena: detenção de um a seis meses ou pagamento de 15 a 150 dias-multa e interdição para conduzir veículo motorizado.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

a) confia direção de veículo motorizado a pessoa não habilitada ou a pessoa que, em virtude de seu estado de saúde física ou mental, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança;

b) participa, na direção de veículo motorizado, de corrida ou competição não autorizada;

c) trafega com velocidade incompatível com a segurança diante de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação de pedestres ou desfiles.

Jornada excessiva de trabalho Art. 19. Exigir ou admitir, na qualidade de proprietário de veículo motorizado ou responsável por empresa de transportes, jornada de trabalho de condutor de veículo superior a oito horas diárias.

Pena: detenção de um a seis meses ou pagamento não excedente a 200 dias-multa.

CAPÍTULO III

Das contravenções penais cometidas na circulação de veículos

Falta de habilitação para conduzir veículo Art. 20. Conduzir, sem a devida habilitação, veículo na via pública.

Pena: Pagamento de 20 a 60 dias-multa.

Sinais de perigo Art. 21. Deixar de colocar na via pública sinal ou obstáculo, determinado em lei ou pela autoridade, e destinado a evitar perigo à circulação de veículos ou transeuntes.

Pena: pagamento de 20 a 60 dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

a) apaga sinal luminoso, destrói ou remove sinal de outra natureza ou obstáculo destinado a evitar perigo à circulação de veículos ou a transeuntes;

b) omite a colocação de sinal indicativo de veículo danificado ou imobilizado em local de trânsito;

c) conduz, ou de qualquer forma transfere a outrem, a qualquer título, para que o conduza, veículo motorizado desprovido dos dispositivos de segurança exigidos pela lei ou pela autoridade ou constantes das especificações dos fabricantes.

Produção excessiva de gases, som ou ruído Art. 22. Conduzir veículo motorizado com produção excessiva de gases, som ou ruído.
Pena: Pagamento de 10 a 50 dias-multa.

Art. 23. Conduzir veículo sujando, molhando ou molestado alguém.
Pena: Pagamento de 10 a 50 dias-multa.

CAPÍTULO IV

Do processo e julgamento das infrações penais cometidas na circulação de veículos motorizados

Normas do processo Art. 24. No processo e julgamento das infrações penais cometidas na circulação de veículos motorizados serão observadas as disposições da legislação processual vigente, com as alterações introduzidas por esta lei.

Processo em caso de flagrante delito Art. 25. Havendo flagrante delito, será o infrator, com as testemunhas, apresentado desde logo ao juiz competente.

Audiência de julgamento Art. 26. O juiz ouvirá o condutor e as testemunhas, que poderão ser reinquiridas pela acusação e pela defesa, e dará, em seguida, a cada um a palavra por 10 minutos.
Terminados os debates, julgará de plano.

§ 1.º. Se o réu não tiver defensor, ser-lhe-á este nomeado pelo juiz. O réu, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

§ 2.º. Lavar-se-á de tudo um só auto sem reduzir a termo as declarações.

§ 3.º. Se o juiz julgar necessário ato probatório que não possa ser realizado imediatamente, marcará para um dos cinco dias seguintes a continuação do julgamento, determinando todas as providências que o caso exigir.

Dispensa de prisão e fiança Art. 27. Não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, ao condutor de veículo motorizado, nos casos de infração penal de que resulte vítima, se a esta prestar socorro pronto e eficaz. Deverá ele, entretanto, ser conduzido, em seguida, à presença da autoridade judiciária, para o julgamento da infração penal.

Lavratura do auto de flagrante Art. 28. Se, por motivo de força maior, ou por inexistir na localidade juiz especialmente designado para conhecer do feito, a apresentação do réu não puder ser realizada na forma do art. 26, caberá à autoridade policial lavar o auto de prisão em flagrante ou o auto de flagrante delito, remetendo-o desde logo ao juiz competente.

Parágrafo único. A autoridade policial advertirá o réu e as testemunhas de que as intimações devidas serão feitas pelo correio, para o endereço que, na ocasião, for fornecido e ficar constando do auto.

Designação de audiência ou arquivamento Art. 29. Recebendo os autos do processo o juiz deles dará vista ao órgão do Ministério Público, que requererá a designação de dia e hora para a audiência de julgamento, ou o arquivamento sumário do processo, se desde logo se evidenciar a inexistência de infração penal.

Intimação § 1.º. O réu e as testemunhas serão intimados por carta registrada com aviso de recepção.

Audiência de julgamento § 2.º. Na audiência de julgamento o juiz ouvirá o réu e as testemunhas, procedendo-se na forma do art. 26.

Extinção da punibilidade pelo pagamento da multa Art. 30. Se a lei cominar exclusivamente pena patrimonial, o réu primário poderá requerer ao juiz que, arbitrando desde logo o valor da multa, o admita a satisfazê-la e declare, após o pagamento, a extinção da punibilidade por perempção.

Parágrafo único. Neste caso observar-se-á o que dispõem os §§ 1.º e 2.º do art. 33.

Recurso em caso de absolvição Art. 31. Proferida sentença absolutória, caberá apelação do Ministério Público.

Recurso em caso de condenação Art. 32. Proferida condenação, o réu poderá oferecer oposição revocatória, no prazo de cinco dias, impugnando a sentença e apresentando, se for o caso, as exceções cabíveis.

Processamento do recurso § 1.º. A oposição processar-se-á nos autos em que foi proferida a sentença condenatória e conterà tudo quanto o oponente possa alegar em sua defesa, observado o seguinte procedimento:

Contestação do recurso a) despachada a petição do oponente, o juiz mandará dar vista ao Ministério Público, por três dias, para contestá-la, designando a seguir audiência sumária de instrução e julgamento;

Requerimento de provas b) o oponente poderá arrolar até três testemunhas no máximo, e requerer todas as demais provas que entender necessárias;

Audiência de testemunhas c) as testemunhas ouvidas na fase policial só serão novamente ouvidas se o juiz o determinar, ou se alguma das partes o requerer;

Assistente de acusação

d) o ofendido e a parte civil interessada poderão ingressar como assistentes em qualquer fase do processo, após o julgamento sumário;

Efeito suspensivo

e) a oposição revocatória suspenderá os efeitos da sentença recorrida.

Audiência de instrução e julgamento

§ 2.º. Na audiência de instrução e julgamento, atender-se-á ao seguinte:

a) se o opoente foi interrogado, tendo sido suas declarações reduzidas a termo, antes da sentença condenatória, só se procederá a novo interrogatório, se o juiz o determinar;

b) as testemunhas do Ministério Público serão as que por ele forem arroladas na contestação à oposição, ou outras arroladas em substituição, não podendo, em qualquer caso, seu número exceder a três;

c) nos debates orais o opoente falará em último lugar.

Recurso cabível

§ 3.º. Contra a sentença que acolher ou rejeitar a oposição poderá apelar o vencido e a parte civil, esta no que tange à responsabilidade civil.

Extinção da punibilidade pelo pagamento da multa

Art. 33. Se o réu for primário e a condenação exclusiva à pena de multa, paga esta no prazo para oposição, o juiz declarará perempta a ação e extinta a punibilidade.

§ 1.º. Neste caso, o juiz, antes de aplicar a pena de multa, determinará que se lave termo nos autos de que constará:

a) a declaração do réu de que é primário e de que ainda não se valeu de benefício idêntico ao que pretende obter;

b) a advertência feita ao réu de que, se a declaração da letra *a* for falsa, incorrerá no crime de falsidade ideológica;

c) a assinatura do escrivão, do réu e de duas testemunhas.

§ 2.º. Se houver dano a terceiros só será cabível a extinção da punibilidade se o réu houver feito o ressarcimento devido.

Procedimento quando não houver flagrante delito

Art. 34. Se não houver flagrante delito, compete à autoridade policial instaurar inquérito na forma prevista no Código do Processo Penal, remetendo os autos do processo ao juiz competente no prazo legal.

§ 1.º. Observar-se-á o disposto no art. 28, parágrafo único desta lei.

§ 2.º. Recebidos os autos do processo, o juiz os fará com vista ao órgão do Ministério Público, que oferecerá denúncia se for o caso, no prazo de 10 dias.

§ 3.º. Recebida a denúncia, proceder-se-á conforme o rito sumário previsto nos arts. 29 e 26 desta lei.

Execução da sentença pela Justiça de outro Estado

Art. 35. As decisões da Justiça de um Estado podem ser executadas pela Justiça do Estado em que o condenado tiver domicílio permanente, cumprindo ao juiz fazer as comunicações necessárias a tal efeito.

Competência para o processo e julgamento

Art. 36. A competência para o processo e julgamento das infrações penais previstas nesta lei determina-se segundo os princípios gerais do processo penal.

Todavia, se a infração for cometida em rodovia interestadual ou em lugar diverso daquele em que o infrator tiver domicílio ou residência, será competente também o foro do domicílio ou residência do réu.

Parágrafo único. Caso o julgamento da infração não se faça desde logo (art. 26), devem os autos do processo ser enviados ao juiz competente no lugar em que o réu tiver domicílio ou residência, no qual prosseguirá o feito.

CAPÍTULO V

Da responsabilidade civil

Indenização

Art. 37. Ao proferir sentença condenatória, o juiz arbitraré de plano a indenização devida pelos danos causados pelo réu, procurando previamente conciliar as partes quanto ao respectivo montante.

Recurso cabível

Art. 38. Proferida sentença condenatória impondo o ressarcimento do dano, e dela intimados o réu e o responsável civil, se for diverso, poderão interpor oposição revocatória no prazo de cinco dias, a qual será julgada conjuntamente com o recurso criminal da mesma espécie, admitida apenas prova documental e perícia com arbitramento, por perito designado pelo juiz.

Processo da parte civil

Art. 39. O processo relativo à reparação do dano far-se-á nos mesmos autos, devendo ser proferida uma só sentença.

Execução civil

Art. 40. A execução do julgado será promovida pela parte civil habilitada, processando-se no mesmo juízo.

CAPÍTULO VI

Disposições finais

Art. 41. Revogam-se as disposições em contrário, e, expressamente, o art. 36 do DL n. 3.688, de 3.10.1941; a Lei n. 4.611, de 2.4.1965; o art. 123 e seu parágrafo único da Lei n. 5.108, de 21.9.1966 e os arts. 97 e seus §§, 289, 290, 291 e seu parágrafo do DL n. 1.004, de 21.10.1969.

Art. 42. Esta lei entrará em vigor 180 dias após a sua publicação.

CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA *

PARTE GERAL

TÍTULO I

Aplicação da lei penal

CAPÍTULO I

Aplicação da lei penal no espaço

Art. 1.º. A lei penal nacional se aplicará aos crimes cometidos no território do Estado e demais lugares submetidos à sua jurisdição.

Art. 2.º. A lei nacional também se aplicará aos crimes cometidos no estrangeiro, que atentarem contra a segurança interior ou exterior do Estado, a economia ou a saúde públicas.

Aplicar-se-á igualmente aos crimes cometidos no estrangeiro contra a administração pública nacional por funcionários a seu serviço, sejam ou não nacionais.

Art. 3.º. A lei penal nacional se aplicará outrossim:

1.º. Aos crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves nacionais mercantes ou privados, que se encontrarem em território estrangeiro, quando não tiverem sido julgados no lugar em que foram cometidos.

2.º. Aos crimes cometidos no estrangeiro por nacionais quando, solicitada por outro Estado sua extradição para julgá-los, esta houver sido denegada em razão da nacionalidade.

3.º. Aos crimes cometidos no estrangeiro por pessoal a serviço da Nação, quando não houverem sido julgados no lugar da comissão em virtude de imunidade diplomática ou funcional.

Art. 4.º. Aplicar-se-á também a lei penal nacional aos crimes que, de acordo com as convenções internacionais ou princípios de Direito Internacional, caírem

* Versão final aprovada na reunião plenária realizada em São Paulo. Tradução do Prof. JOÃO BERNARDINO GONZAGA.

sob o império da lei nacional por alguma razão diversa das assinaladas nos artigos anteriores, era dada preferência, todavia, à pretensão do Estado em cujo território se tiverem cometido tais crimes, se ele reclamar o julgamento antes de iniciado o exercício da ação penal contra o imputado.

Nos casos indicados no art. 3.º se aplicará a lei vigente no lugar de comissão do fato, se suas disposições forem mais favoráveis ao imputado do que as da lei nacional. A mesma regra se aplicará, quando cabível, no caso do inciso anterior.

Art. 5.º. Não terão valor de coisa julgada perante a lei nacional as sentenças penais que se pronunciem no estrangeiro sobre os crimes indicados nos arts. 1.º e 2.º. Entretanto, a pena ou parte da mesma, que o réu houver cumprido em virtude de tais sentenças, será computada na que se impuser de acordo com a lei nacional, se ambas forem de natureza semelhante e, se não o forem, se atenuará prudentemente a pena.

Art. 6.º. Em qualquer outro caso, a sentença penal absolutória pronunciada no estrangeiro terá valor de coisa julgada para todos os efeitos legais. A sentença condenatória o terá para determinar a qualidade de reincidente ou criminoso habitual do imputado e, para os efeitos civis, que se regerão pela lei nacional.

CAPÍTULO II

Aplicação da lei penal no tempo

Art. 7.º. Os crimes serão julgados de acordo com as leis vigentes na época da sua realização.

Art. 8.º. Se se promulgar uma nova lei posteriormente à realização do fato, este será regido pela lei cuja aplicação seja mais favorável ao imputado, no caso particular submetido a julgamento. Não se poderá entretanto recorrer a leis correspondentes a diversas épocas, para obter com sua aplicação conjunta uma regra mais favorável.

Art. 9.º. Se a promulgação da nova lei cuja aplicação for mais favorável ao réu ocorrer antes de cumprida a condenação, deverá o tribunal competente modificar a sentença de acordo com suas disposições.

Art. 10. Os fatos realizados durante a vigência de uma lei destinada a vigor temporariamente se julgarão sempre com submissão a esta.

CAPÍTULO III

Aplicação da lei penal às pessoas

Art. 11. A lei nacional se aplicará sem distinção de pessoas, exceto nos seguintes casos:

1.º. Os chefes de Estado estrangeiro que se encontrem no território nacional, os agentes diplomáticos de outros Estados e demais pessoas que gozem de privilégio segundo os princípios de Direito Internacional.

2.º. As pessoas que, de acordo com a Constituição Política do Estado, têm inviolabilidade ou imunidade em determinadas matérias.

TÍTULO II

O crime

Seção A

CAPÍTULO I

Forma, tempo e lugar do fato punível

Art. 12. O fato punível pode ser realizado por ação ou por omissão.

Quando a lei reprime o fato atendendo ao resultado produzido, responderá também quem não o impediu, se pôde fazê-lo de acordo com as circunstâncias e se tinha o dever jurídico de evitá-lo.

Art. 13. Considera-se realizado o fato no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o tempo do resultado.

A omissão se considera realizada no momento em que devia ocorrer a ação omitida.

Art. 14. Considera-se realizado o fato:

1.º. No lugar em que se exerceu, total ou parcialmente, a atividade delitosa de autores e partícipes.

2.º. No lugar em que se produziu ou devia produzir-se o resultado.

Nos crimes omissivos, o fato se considera realizado onde devia ocorrer a ação omitida.

CAPÍTULO II

Causas de justificação

Art. 15. Não comete crime quem age no cumprimento de um dever legal ou no legítimo exercício de um direito.

Art. 16. Não comete crime quem age em defesa da pessoa ou direitos, próprios ou alheios, desde que concorram os seguintes requisitos:

1.º. agressão ilegítima;

2.º. necessidade razoável da defesa empregada para a impedir ou repelir.

Art. 17. Não comete crime quem, em situação de perigo para um bem jurídico próprio ou alheio, lesa outro bem para evitar um mal maior, desde que concorram conjuntamente os seguintes requisitos:

1.º. que o perigo seja atual ou iminente;

2.º. que não o haja provocado intencionalmente;

3.º. que não seja evitável de outra maneira.

Se o titular do bem que se procura salvar tem o dever jurídico de enfrentar o risco, não se aplicará o disposto neste artigo.

Art. 18. Nos casos dos artigos anteriores, se o agente incorre em excesso, o fato não se torna justificado, mas o juiz poderá atenuar a pena, que não será menor de um terço do mínimo nem maior de um terço do máximo da estabelecida pela lei para o correspondente crime.

Não é punível o excesso proveniente de uma excitação ou perturbação que as circunstâncias tornarem escusável.

CAPÍTULO III

Imputabilidade

Art. 19. Não é imputável quem, no momento da ação ou omissão, devido a enfermidade mental, desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado, ou grave perturbação da consciência, não tiver a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão.

O Tribunal ordenará seja o agente submetido a uma medida de segurança curativa, salvo no caso de grave perturbação da consciência sem base patológica, em que não se aplicará nenhuma medida.

Art. 20. Ao agente que, por efeito das causas a que se refere o art. 19, não possuía plenamente no momento da ação ou omissão a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão, se aplicará uma pena não menor de um terço do mínimo nem maior de um terço do máximo da estabelecida pela lei para o crime correspondente.

Se a imposição de pena for considerada prejudicial para o devido tratamento do agente por motivo de causas patológicas, se aplicará somente uma medida de segurança curativa. Nos demais casos poderá aplicar-se pena diminuída, medida curativa ou ambas, na ordem determinada pelo juiz.

Art. 21. Quando o agente tiver provocado a grave perturbação de consciência a que se refere o art. 19, responderá pelo fato realizado, conforme o dolo ou culpa com que atuar relativamente a esse fato, no momento de colocar-se em tal estado.

A pena poderá ser agravada até um terço da escala penal respectiva, se a perturbação da consciência tiver sido provocada pelo agente para facilitar a realização de fato ou para procurar uma escusa.

Art. 22. A grave perturbação da consciência causada pela ingestão de bebidas alcoólicas se rege pelo disposto nos arts. 19 e 20, se essa ingestão for acidental ou fortuita, e pelo art. 21 se for intencional ou imprudente ou destinada a facilitar a realização do fato ou a procurar uma escusa.

Não será atenuada a pena em razão do agente só possuir parcialmente, no momento da ação ou omissão, a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão, se a perturbação de consciência tiver sido causada pela ingestão de bebidas alcoólicas de modo in-

tencional ou imprudente, ou visando a realização do fato ou a procura de uma escusa.

O disposto neste artigo e nos três precedentes se aplicará quando a grave perturbação da consciência resultar do uso de substâncias entorpecentes, alucinógenas ou outras semelhantes.

Art. 23. Não é punível quem não tiver no momento do fato a idade indicada na lei respectiva.

CAPÍTULO IV

Culpabilidade

Art. 24. Ninguém pode ser punido por um fato legalmente descrito se não o tiver realizado com dolo, salvo nos casos de culpa expressamente previstos pela lei.

A lei que cominar pena mais grave por uma consequência especial do fato somente se aplicará ao autor ou partícipe que tiver atuado pelo menos culposamente com respeito a essa consequência.

Art. 25. Age com dolo quem quer a realização do fato legalmente descrito, assim como quem a aceita, prevendo-a pelo menos como possível.

Art. 26. Age com culpa quem realiza o fato legalmente descrito por inobservância do dever de cuidado que lhe incumbe de acordo com as circunstâncias e suas condições pessoais; e, no caso de representá-lo como possível, se conduz na confiança de poder evitá-lo.

Art. 27. Não é punível quem age na convicção de não se apresentar no fato alguma das exigências necessárias para que o crime exista segundo sua descrição legal.

Se, todavia, o erro provier de culpa, o fato será punido unicamente quando a lei tiver previsto sua realização culposa.

As mesmas regras serão aplicadas a quem suponha erroneamente a concorrência de circunstâncias que justificariam o fato realizado.

Art. 28. Não é culpável quem, por erro invencível, age na convicção de que o fato que realiza não está sujeito a pena.

Se o erro não foi invencível, o fato será reprimido com uma pena não inferior à metade do mínimo, nem superior à metade do máximo da estabelecida para o crime correspondente.

Art. 29. Se, por erro do agente, o fato realizado for diferente daquele que visou, lhe será imposta a pena correspondente ao fato menos grave.

Art. 30. Não é culpável quem realiza um fato não justificado, para impedir um mal atual ou iminente e não evitável de outro modo, salvo se tal fato for razoavelmente excessivo em relação ao mal que se pretenda evitar.

Art. 31. Não é culpável quem age sob coação ou perigo de um mal atual e grave, provocado ou não pela ação de terceiro, quando não se lhe possa razoavelmente exigir conduta diversa.

Art. 32. Não é culpável quem atua em virtude de obediência hierárquica, desde que concorram os seguintes requisitos:

1.º. que a ordem tenha emanado de autoridade competente para expedir-la e se revista das formalidades legais;

2.º. que o agente esteja hierarquicamente subordinado a quem expediu a ordem;

3.º. que a ordem não tenha manifestamente o caráter de fato punível.

SEÇÃO B

CAPÍTULO ÚNICO

Autores e partícipes

Art. 33. Aquele que realizar, por si próprio ou servindo-se de outrem, o fato legalmente descrito, e os que o realizarem conjuntamente serão reprimidos com a pena cominada ao crime.

Art. 34. Quem tiver determinado outrem a realizar o fato será reprimido com a pena prevista para o autor.

Art. 35. Quem prestar ao autor ou autores um auxílio de tal modo necessário que sem ele não se teria podido realizar o fato será também reprimido com a pena cominada ao crime.

Art. 36. Quem de qualquer outro modo prestar auxílio para a realização do fato, ainda que mediante promessa de ajuda posterior à sua consumação, será reprimido com uma pena não inferior à metade do mínimo, nem superior à metade do máximo da estabelecida para o crime correspondente.

Art. 37. Os partícipes serão puníveis desde o momento em que se tiver iniciado a execução do fato, conforme o estabelecido no art. 39, e cada um responderá na medida da sua própria culpabilidade.

Se o fato tornar-se mais grave do que o que quiseram realizar, pelo mesmo só responderão aqueles que o tiverem aceitado como uma consequência possível da ação empreendida.

Art. 38. As qualidades ou relações pessoais e demais elementos de caráter subjetivo integrantes da descrição legal do fato, que se apresentarem em algum dos que o realizaram, se comunicarão aos demais autores e partícipes que deles tenham tido conhecimento.

Se não os tiverem conhecido, sofrerão a pena do crime previsto sem tais requisitos.

As qualidades ou relações pessoais e demais elementos de caráter subjetivo não integrantes da descrição legal somente influirão na responsabilidade daqueles que os apresentem.

SEÇÃO C

CAPÍTULO ÚNICO

Tentativa

Art. 39. Quem iniciar a execução de um crime por atos diretamente encaminhados à sua consumação, se esta não chegar a produzir-se por causas alheias a ele, será reprimido com uma pena não menor de dois terços do mínimo, nem maior de dois terços do máximo da estabelecida para o crime correspondente.

Art. 40. Quem desistir voluntariamente da execução do crime ou impedir que o resultado se produza só responderá pelos fatos puníveis que já tiver realizado.

Art. 41. Não se aplicará a pena correspondente à tentativa quando for absolutamente impossível a consumação do crime.

TÍTULO III

Sanções

SEÇÃO A

CAPÍTULO ÚNICO

As penas e suas classes

Art. 42. Os fatos puníveis somente poderão ser sancionados com as seguintes penas:

Principais: prisão e multa;

Acessórias: inabilitação absoluta ou inabilitação especial.

As penas de inabilitação poderão, não obstante, ser impostas como principais nos casos determinados pelo Livro II. Em tal caso, seu limite máximo será de 15 anos.

Art. 43. A pena de prisão consiste na privação temporária da liberdade e se cumprida nos lugares que a lei determine, procurando exercer sobre o condenado uma ação readaptadora.

O limite máximo é de 25 anos.

Art. 44. O exercício por parte do condenado de direitos que forem incompatíveis com o cumprimento da pena de prisão, sem que constituam a pena de inabilitação, ficará em suspenso desde que se inicie aquele cumprimento e assim permanecerá por todo o tempo da condenação.

Art. 45. A multa obriga o condenado a pagar ao Estado uma soma de dinheiro que será fixada em dias-multa.

O valor do dia-multa será equivalente ao ganho diário do sentenciado e se determinará de acordo com a sua situação econômica, considerando-se especial-

mente seu patrimônio, rendimentos, meios de subsistência, nível de gastos ou outros elementos de avaliação que o juiz considere apropriados.

Se o condenado viver exclusivamente do produto do seu trabalho, o dia-multa não poderá ser inferior à metade do seu ganho diário, nem exceder o total do mesmo.

O limite máximo da multa é de 500 dias.

Art. 46. Ao impor a multa ou por decisão posterior, o juiz poderá, considerando a situação econômica do condenado, conceder um prazo ou autorizar o pagamento em quotas com cauções reais ou pessoais. O juiz terá a faculdade de prescindir prudencialmente dessas cauções.

Tais benefícios poderão ser revogados por falta de pagamento ou se melhorar sensivelmente a condição econômica do condenado.

Art. 47. Poderá ser autorizada ao condenado a amortização da multa mediante trabalho livre não remunerado, a favor da Administração Pública. As autoridades competentes determinarão quais os trabalhos computáveis para esse efeito.

Um dia de trabalho equivale a um dia-multa.

Art. 48. A multa não paga se converterá à razão de um dia de prisão por um dia-multa, sem prejuízo da faculdade que cabe ao Estado de executá-la nos bens do condenado.

No caso de conversão, a prisão não excederá de um ano.

O condenado poderá pagar a multa a qualquer tempo, descontando-se da mesma a parte proporcional à prisão cumprida.

Quando a lei cominar conjuntamente as penas de multa e prisão, no caso de conversão se adicionará à prisão imposta a multa convertida.

Art. 49. A inabilitação absoluta compreende:

1.º a perda do cargo, comissão ou emprego públicos que exerça o condenado, ainda que de eleição popular;

2.º a incapacidade para obter cargos, comissões ou empregos públicos;

3.º a perda do direito de eleger, ser eleito e de fazer parte de associação política;

4.º a incapacidade para exercer o pátrio poder, tutela ou curatela.

Art. 50. A inabilitação especial consistirá na privação ou restrição de um ou mais dos direitos ou funções a que se refere o artigo anterior, ou na privação ou suspensão do exercício de uma profissão ou atividade, seja ou não regulamentada.

Art. 51. A inabilitação como pena acessória da prisão obedecerá às seguintes regras:

1.º Se a pena de prisão for de 10 anos ou mais o juiz poderá aplicar também a acessória de inabilitação por um prazo de cinco a 15 anos.

2.º Se a pena de prisão for inferior a 10 anos e superior a dois, o juiz poderá aplicar também a acessória de inabilitação por um prazo de dois a 10 anos.

Art. 52. Se o crime for cometido mediante abuso de poder ou violação de algum dever inerente a função pública, o juiz aplicará como acessórias, se não estiverem previstas na lei como principais, as inabilitações indicadas nos ns. 1.º, 2.º e 3.º do art. 49, por um prazo igual ao da pena principal como mínimo, ou que a exceda até cinco anos.

Art. 53. Se o crime for cometido mediante abuso de pátrio poder, tutela ou curatela, o juiz aplicará como acessória a inabilitação prevista no n. 4.º do art. 49, por um prazo igual ao da pena principal como mínimo, ou que a exceda até cinco anos.

Art. 54. Se o crime for cometido com abuso do exercício de profissão ou atividade regulamentadas, o juiz aplicará como acessória a privação ou suspensão dessa profissão ou atividade, pelo prazo estabelecido no artigo anterior.

SEÇÃO B

CAPÍTULO ÚNICO

Medidas de segurança

Art. 55. As medidas de segurança serão aplicadas pelo juiz nos casos expressamente estabelecidos pela lei.

Art. 56. As medidas de segurança serão aplicadas de acordo com a lei vigente ao tempo da sua execução.

Art. 57. As medidas de segurança serão: curativas, de internação e de vigilância.

As curativas consistirão na sujeição a tratamento terapêutico conveniente e serão aplicadas em estabelecimentos especiais ou em seções adequadas. As de internação consistirão na sujeição a um regime de trabalho e educação. Serão aplicadas em colônias agrícolas, institutos de trabalho ou outros estabelecimentos especiais.

As de vigilância consistirão em: 1.º, fixação de domicílio; 2.º, proibição de freqüentar determinados lugares; 3.º, obrigação de apresentar-se aos organismos especiais encarregados da vigilância; 4.º, obrigação de abster-se de ingerir bebidas alcoólicas; e 5.º, abster-se do emprego de substâncias entorpecentes, alucinógenas ou que produzam vício.

Art. 58. As medidas curativas serão aplicadas por tempo indeterminado. Deixarão de aplicar-se por decisão judicial, baseada em laudo pericial afirmativo de que a pessoa sujeita à medida deixou de constituir perigo para si e para terceiros.

Art. 59. As medidas de internação terão duração máxima de 15 anos. Enquanto cumpre estas medidas, se aplicará ao internado o disposto no art. 44.

As medidas de vigilância terão a duração máxima de 10 anos.

Art. 60. A violação de medida de segurança de internação facultará ao juiz prolongar a medida imposta, pelo tempo prudencialmente necessário para atingir suas finalidades.

A violação de medidas de vigilância autorizará o juiz a prolongá-las ou substituí-las por uma medida de internação, cujo prazo fixará prudencialmente, sem que possa exceder o tempo que faltar para o cumprimento da medida violada.

Em ambos os casos, as medidas prolongadas ou substituídas não poderão ultrapassar os limites previstos no artigo anterior.

Art. 61. O juiz poderá substituir uma medida de segurança, durante sua execução, por outra mais adequada, se o entender conveniente de acordo com a personalidade do sujeito e a eficácia da medida.

Art. 62. As medidas de segurança não se extinguirão por anistia ou indulto.

As medidas de internação e vigilância prescreverão nos prazos e formas indicados para a prescrição das penas.

SEÇÃO C

Aplicação das sanções

CAPÍTULO I

Unidade e pluralidade de fatos e de crimes

Art. 63. Ao aplicar-se a lei a um fato, este não poderá ser considerado mais de uma vez para a imposição de pena, salvo o disposto no art. 65.

Art. 64. O fato somente se regerá pela lei cuja aplicabilidade não se subordine expressa ou tacitamente a outra, ou pela que inclua o conteúdo de ilicitude de um ou mais fatos previstos por outra.

A lei especial prevalecerá sobre a geral.

Art. 65. Quando um único fato for constitutivo de dois ou mais crimes, se aplicará pena não inferior ao máximo da prevista pela lei para o crime mais grave, diminuído até um terço, nem superior a esse máximo aumentado de um terço.

Se também couber pena de inabilitação, esta será sempre cumprida.

Art. 66. No caso de pluralidade de crimes reprimidos com penas de igual natureza, o mínimo corresponderá à mais alta das penas previstas para os crimes concorrentes, e o máximo da pena aplicável será o correspondente a dois terços da soma dos máximos previstos para tais crimes.

Se concorrerem as penas de prisão e multa, esta última também se imporá, salvo se o juiz resolver, atendendo a circunstâncias excepcionais, que só deva ser aplicada a de prisão.

Se também couber pena de inabilitação, esta será sempre aplicada.

Art. 67. Em nenhum caso as penas resultantes da aplicação dos artigos anteriores excederão os limites estabelecidos nos arts. 42, 43 e 45.

Art. 68. A gravidade decrescente das penas será considerada na seguinte ordem: prisão superior a um ano; inabilitação absoluta por mais de cinco anos; inabilitação especial superior a cinco anos; prisão não superior a um ano;

multa que exceda 100 dias-multa; inabilitação absoluta não superior a cinco anos; inabilitação especial não superior a cinco anos; multa que não exceda 100 dias-multa.

CAPÍTULO II

Reincidência, habitualidade e profissionalismo

Art. 69. Quem voltar a cometer crime, após haver sido condenado por sentença definitiva, poderá ter sua pena agravada até a metade do máximo cominado para o crime correspondente.

Art. 70. Para os efeitos do artigo anterior, se excluem:

1.º Os crimes políticos ou exclusivamente militares.

2.º A sentença condenatória definitiva proferida no estrangeiro, nos casos previstos no art. 5.º e quando o fato que a motivou não constituir crime segundo a lei nacional.

3.º As condenações anteriores, quando houverem transcorrido os prazos respectivos de cada pena e mais outro tanto, que não será porém inferior a três anos nem superior a 10 anos.

4.º A condenação anterior por crime doloso, quando o novo for culposos, ou vice-versa.

Art. 71. Para a aplicação do art. 69, se terá em conta: o gênero de vida observado pelo criminoso durante o tempo que medeia entre os fatos puníveis: sua personalidade moral e as regras pertinentes do art. 73.

Art. 72. Quando a pluralidade ou reiteração dos fatos realizados demonstrarem a habitualidade ou profissionalismo criminais do imputado, sua pena será agravada aumentando-se de metade o mínimo e o máximo respectivos. Em lugar dessa agravação, o Tribunal poderá optar pela aplicação de uma medida de segurança de internação ou vigilância, que será cumprida depois da pena imposta.

CAPÍTULO III

Individualização judicial da pena

Art. 73. O juiz fixará a pena, dentro dos limites cominados para cada crime, tendo em vista as seguintes circunstâncias, desde que a lei não as considere especificamente como constitutivas do crime ou modificativas da responsabilidade:

1.º Os aspectos objetivos e subjetivos do fato punível.

2.º A importância da lesão ou do perigo.

3.º As circunstâncias de modo, tempo e lugar.

4.º A qualidade dos motivos determinantes.

5.º As demais condições pessoais do sujeito ativo ou da vítima, da medida em que hajam influído na comissão do crime.

6.º A conduta do agente posterior ao crime.

CAPÍTULO IV

Suspensão condicional da pena

Art. 74. Na sentença condenatória o juiz poderá, por decisão fundamentada, suspender a execução da pena de prisão não superior a dois anos, desde que:

- a) o condenado seja criminoso primário;
- b) haja evidenciado boa conduta positiva antes e depois do fato punível;
- c) se presuma que não voltará a delinquir, segundo prognóstico baseado nas circunstâncias e modalidades do crime, nos motivos determinantes e no estudo integral de sua personalidade.

A suspensão condicional não se estenderá às penas acessórias.

Art. 75. Concedida a suspensão, o beneficiário permanecerá sujeito às seguintes obrigações:

- a) submeter-se às medidas de tutela ou patronato que lhe forem fixadas;
- b) residir, ou abster-se de fazê-lo, em lugar determinado, e comunicar toda mudança de domicílio;
- c) desempenhar, em prazo determinado, profissão, ofício ou ocupação lícitos;
- d) abster-se do emprego de substâncias entorpecentes, alucinógenas ou que produzam vício;
- e) abster-se do abuso de bebidas inebriantes;
- f) dar cumprimento ao compromisso de reparar o dano, dentro dos prazos e formas que lhe forem fixados.

A observância dessas condições será comprovada por entidades técnicas não policiais.

Art. 76. As condições a que se refere o artigo anterior serão mantidas por um período de prova, que o juiz fixará entre dois e seis anos.

Art. 77. A suspensão condicional será automaticamente revogada se o beneficiário cometer novo crime doloso antes que termine o período de prova.

Poderá ser também revogada por decisão do juiz que a outorgou, nos seguintes casos:

- a) se o beneficiário não cumprir alguma das condições impostas;
- b) se cometer novo crime culposo e a suspensão condicional tiver sido concedida por crime da mesma natureza.

Em vez de revogar a suspensão, o juiz terá a faculdade, em ambos os casos, de prolongar o período de prova até o máximo indicado pelo art. 76.

Art. 78. Revogada a suspensão condicional, deverá ser cumprida a condenação.

No caso da prática de novo crime doloso ou culposo dentro do período de prova, a revogação definitiva aguardará decisão final acerca desse novo crime.

Se tal decisão for condenatória, será revogada a suspensão condicional e ambas as condenações terão de ser cumpridas.

Art. 79. Transcorrido o período de prova sem que se tenha revogado a suspensão condicional, considerar-se-á cumprida a pena imposta na sentença.

CAPÍTULO V

Conversão de sanções

Art. 80. O juiz poderá converter, em favor de criminoso primário, a pena de prisão até seis meses em pena de multa ou trabalho obrigatório em benefício do Estado.

A sentença deverá conter os fundamentos dessa decisão, apreciando as condições pessoais do condenado, os móveis da sua conduta e as circunstâncias do fato; exigir que se garanta a reparação do dano segundo as possibilidades do condenado; e fixar o valor da multa à razão de um dia de prisão por um dia-multa, ou a duração da prestação do trabalho obrigatório até seis meses, na conformidade das aptidões e condições pessoais do condenado.

Art. 81. O disposto no artigo anterior exclui a aplicação simultânea ou sucessiva da suspensão condicional da pena.

CAPÍTULO VI

Livramento condicional

Art. 82. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a mais de dois anos de prisão, desde que:

- a) tenha cumprido a metade da pena, se for primário, ou dois terços, se reincidente;
- b) tenha mantido boa conduta, demonstrada por fatos positivos durante a execução da pena, e esteja capacitado para o desempenho de uma ocupação ou ofício lícitos;
- c) tenha reparado o dano causado pelo crime, ou se comprometa seriamente a fazê-lo, segundo suas possibilidades;
- d) através do estudo da personalidade do condenado e de outros elementos de convicção, se possa presumir que ele esteja readaptado e que não voltará a delinquir.

Art. 83. Concedido livramento condicional, o beneficiário ficará sujeito ao disposto no art. 75.

Art. 84. O livramento condicional será automaticamente revogado se o beneficiário cometer novo crime doloso.

Poderá ser também revogado por decisão do juiz que o outorgou, nos seguintes casos:

- a) se o beneficiário não cumprir alguma das condições impostas;
- b) se cometer crime culposo e o livramento condicional tiver sido concedido por crime da mesma natureza.

Art. 85. A revogação do livramento condicional acarreta a obrigação de cumprir o que restar da pena. O juiz poderá, ademais, impor o cumprimento efetivo de todo ou parte do tempo em que o condenado esteve em liberdade.

Art. 86. O livramento condicional não revogado enquanto pendente a pena equivalerá ao cumprimento total desta.

CAPÍTULO VII

Reabilitação

Art. 87. A reabilitação restituirá ao condenado a plenitude dos direitos de que estava privado ou que lhe haviam sido restringidos pela sentença condenatória.

O juiz poderá, no entanto, estabelecer, em decisão fundamentada, que a reabilitação não compreende todos os direitos de que fora privado o condenado, ou subordiná-la a comprovação específica de aptidão.

Art. 88. A reabilitação não produzirá o efeito de repor o condenado nos cargos, comissões ou empregos de que foi privado.

Art. 89. A reabilitação será concedida se concorrerem conjuntamente os seguintes requisitos:

a) Transcurso de seis anos após haver-se extinguido a pena principal imposta; ou de 12 anos, se se tratar de criminoso habitual ou profissional.

Se se tiver imposto ao condenado uma medida de segurança de internação subsequente à pena, o prazo será contado a partir do término dessa medida.

b) Ter mantido o condenado, de maneira positiva, conduta satisfatória durante o tempo indicado no item precedente.

c) Ter reparado o dano causado pelo crime, ou, se estiver efetuando essa reparação, comprometer-se seriamente a completá-la, consoante suas possibilidades.

Art. 90. Concedida a reabilitação, os registros ou quaisquer anotações relativos à condenação imposta não poderão ser comunicados a nenhuma entidade ou pessoa, com exceção das autoridades judiciais, do Ministério Público ou da Polícia.

Art. 91. A reabilitação será automaticamente revogada se o reabilitado cometer novo crime doloso.

Poderá ser revogada por decisão do juiz que a outorgou, se o reabilitado cometer um crime culposo e a reabilitação tiver sido concedida por crime da mesma natureza.

Em nenhum caso a revogação se estenderá ao cumprimento de penas acessórias pendentes.

Art. 92. A reabilitação judicial não impede a restituição de direitos concedida, em casos especiais, pelas autoridades que a Constituição indicar.

TÍTULO IV

Responsabilidade civil derivada do crime

Art. 93. O crime origina a obrigação de reparar todo dano que dele provenha. Essa obrigação é de ordem pública com respeito aos penalmente responsáveis.

Art. 94. Todo aquele que haja sofrido dano proveniente do crime tem direito à sua reparação.

Art. 95. Devem reparar o dano a que se refere o art. 93 os penalmente responsáveis, em forma solidária, seus herdeiros e aqueles que, de acordo com a lei civil, estejam obrigados à reparação.

Art. 96. A extinção da responsabilidade civil proveniente do crime se rege pela lei civil.

O início do processo penal suspende a prescrição da ação civil. Tal suspensão durará até o término daquele processo.

As causas extintivas da ação penal e da pena não se estendem às obrigações civis derivadas do crime.

Art. 97. O crime acarreta a perda, em favor do Estado, dos instrumentos com que foi cometido e das coisas ou valores provenientes da sua realização, ou que constituam para o agente um proveito derivado do mesmo crime, salvo o direito que sobre tais bens tenham o ofendido ou terceiros.

TÍTULO V

Extinção da ação penal e da pena

Art. 98. A morte do processado extingue a ação penal com respeito a ele, e a do condenado extingue toda a pena que lhe tenha sido imposta.

Art. 99. A anistia extingue a ação penal e a pena, assim como todas as consequências penais desta última.

Art. 100. O indulto extingue total ou parcialmente a pena imposta por sentença já suscetível de execução, ou a comuta por outra mais benigna. O indulto que abole toda a pena não exclui a condenação para os demais efeitos legais.

As penas acessórias somente se extinguem pelo indulto quando neste expressamente compreendidas.

Não pode ser objeto de indulto a inabilitação para exercer uma profissão ou algum direito civil ou político, ou para desempenhar cargo, comissão ou emprego.

A outorga de indulto depende de informação favorável dos órgãos judiciais e técnicos correspondentes.

Art. 101. O perdão do ofendido ou dos seus representantes legais, se aquele for incapaz, extingue a ação penal por crimes de ação privada, mas não impede a execução de condenação definitiva.

Cada um dos ofendidos pode exercer separadamente a faculdade de perdoar o crime, o que só no que lhe concerne produzirá efeitos.

O perdão outorgado a um ou alguns, beneficia a todos os penalmente responsáveis; mas não produz efeitos para aquele que se negue a aceitá-lo.

Art. 102. A ação penal prescreve:

1.º. Em 20 anos, se a pena fixada para o crime for de prisão superior a 15 anos.

2.º. Pelo transcurso de um tempo igual ao máximo da pena de prisão cominada ao crime, não podendo entretanto ser inferior a um ano, nem superior a 15 anos.

3.º. Em três anos, nos crimes sancionados com multa ou inabilitação.

Art. 103. A prescrição da ação penal começa a correr no dia em que se consuma o crime; ou no dia em que este cessa, se for permanente; ou quando ocorre o último ato de execução, no caso de tentativa.

Art. 104. Suspende-se a prescrição da ação penal:

1.º. Quando o processamento não pode ser promovido ou prosseguir sem uma autorização especial, ou quando dependa de questões prévias ou prejudiciais que devam ser resolvidas em outro Juízo.

2.º. Por qualquer decisão judicial contra pessoa determinada que sirva de base à relação processual, sempre que existir a respeito dessa pessoa um mínimo de provas sobre a sua responsabilidade.

Concedida a autorização, decidida a questão prévia ou prejudicial, ou proferida uma resolução judicial que detenha a tramitação do processo ou lhe ponha termo, não sendo uma sentença condenatória, a prescrição seguirá seu curso.

Art. 105. A prescrição da ação penal se interrompe pela prática de novo crime.

A prescrição interrompida começará a correr novamente no dia da interrupção.

Art. 106. A prescrição começa a correr, se suspende ou se interrompe, separadamente, para cada um dos que hajam participado do crime.

Art. 107. Quando se tratar de vários crimes, as respectivas ações penais prescreverão separadamente para cada um deles, nos prazos que lhes corresponderem.

Art. 108. A pena de prisão prescreve em prazo equivalente ao da pena imposta na sentença, aumentado de um terço. Em nenhum caso poderá ser inferior a cinco anos nem superior a vinte e cinco anos.

As penas de inabilitação e multa prescrevem em cinco anos.

Os prazos para a prescrição de penas de diferente natureza ou de distinta duração, impostas numa única sentença, serão contados separadamente.

Art. 109. O prazo para a prescrição da pena começa a correr no dia em que passa em julgado a sentença, ou no dia em que se evade o condenado após iniciada a execução da pena. Neste último caso, a parte da pena já cumprida será computada a favor do condenado.

Art. 110. A prescrição da pena se interrompe, tornando-se sem efeito o tempo transcorrido, se o condenado comete novo crime antes de vencido o prazo da prescrição, ou se se apresenta espontaneamente ou é capturado.

Art. 111. A prescrição da ação penal ou da pena será declarada de ofício pelo Tribunal, ou por provocação do interessado.

Art. 112. A extinção da ação penal ou da pena não exclui o disposto no art. 97, nem outros efeitos não penais do crime.