

“GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS”

Prof. JAIR LEONARDO LOPES
Faculdade de Direito da UFMG

Devo começar por lembrar que a mim coube, neste “Curso sobre a Constituição Federal de 1988” como está na programação, o tema “Garantias Constitucionais Penais”.

Verifica-se, porém, que alguns temas que poderiam ser envolvidos entre tais garantias, tornando possível a abordagem em uma única exposição, foram, com muita propriedade, distribuídos a outros expositores pelos eminentes mestres Raul Machado Horta e José Alfredo de Oliveira Baracho, Coordenadores do “Curso”. Procurarei, pois, evitar qualquer incursão em temática reservada a outros colegas que, com mais autoridade, “engenho e arte”, saberão melhor discorrer a respeito.

1. O nosso ordenamento jurídico se assenta sobre o primado da Constituição. Daí, resulta que, no conflito entre qualquer lei e a Constituição, a norma constitucional deve prevalecer. Por isso, costuma-se dizer que a Constituição é a Lei das leis, é a Lei Maior do País. Os próprios Tratados Internacionais não se sobrepõem à Constituição, porque só adquirem eficácia interna depois de submetidos ao Congresso Nacional (art. 49, I, CF) que, por sua vez não pode aprová-los, se contrariarem o texto da Constituição.

Devendo a norma constitucional reger sobre todas as outras, declara-se a inconstitucionalidade daquela que a contrarie, consistindo nisso o primado da Constituição sobre as leis.

2. Cumpre reconhecer que a declaração da inconstitucionalidade, por si só, não tem qualquer efeito, se não acompanhada do desfazimento do ato ou da restituição ao “statu quo ante” ou ainda da reparação do dano causado.

Contudo, há casos nos quais nenhuma destas sanções é possível, seja porque o ato consumado é insuscetível de refazer-se, seja porque

a coisa não possa ser restituída, seja, afinal, porque quem causou o dano não tem condições econômicas para repará-lo, restando, em tais casos, a sanção de direito penal, que é a mais severa de todas as sanções jurídicas e aquela que mais pode efetivar-se, porque incide, em princípio, sobre um bem jurídico que todos nós possuímos, pretos e brancos, nobres e plebeus, que é a liberdade.

3. Mas, por atingir bem jurídico que constitui direito fundamental da pessoa humana, a imposição da sanção penal exige o máximo de garantia contra o arbítrio no exercício do poder de punir. Por mais que se procure retirar o caráter aflitivo da pena, esta conservará sempre algo deste caráter, porque é da sua essência a restrição ou privação de direitos individuais, o que sempre consistirá em um mal que, por isso mesmo, só poderá ser imposto em circunstâncias excepcionais, anteriormente previstas em lei, mediante descrição clara e inconfundível das ações ou omissões proibidas sob, também, prévia cominação das penas. Nisso reside a mais importante das “garantias penais”, que se denomina “princípio da anterioridade da lei penal”, que está assegurado no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, in verbis: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

4. Trata-se de uma garantia de indisfarçável inspiração liberal que, por isso, tem sofrido as vicissitudes da própria liberdade. Na Alemanha nazista, assim como na Rússia comunista, quando se banuiu a liberdade em holocausto às ditaduras, chegou-se a proscrever aquele princípio, dispondo o Código Penal Soviético, em seu art. 6º “reputa-se perigosa toda ação ou omissão dirigida contra o Estado soviético ou que ofenda a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses para a época de transição à organização social comunista”. E o parágr. 2º do Código Penal Alemão, estava assim redigido: “Será punido quem cometer um crime declarado pela lei punível, ou que mereça uma sanção segundo a idéia fundamental da lei penal e são sentimento do povo alemão”. Como se vê, nos dois textos, não se fazia exigência da lei anterior ao fato que se queria

punir, bastando, para ser punível, que a conduta fosse considerada perigosa, porque dirigida contra o Estado Soviético ou contra o regime dos trabalhadores. Assim como punível seria o que a lei declarasse como tal, fosse ela anterior ou posterior.

5. Mas, segundo ANIBAL BRUNO, deve-se dizer "em louvor da magistratura alemã que os tribunais mostraram sempre repugnância a decidir por analogia em matéria penal "e mesmo na Rússia, onde a admissão da analogia se interpretava, segundo ANOSOV como um momento de transição entre o Direito Penal do passado, com a exigência absoluta da tipicidade, e o Direito Penal do futuro, sem parte especial, a Corte Suprema não se tinha mostrado favorável à extensão da aplicação do processo analógico, tendo uma vez, VICHINSKY, então procurador geral, reafirmado o princípio de que a analogia só era possível sobre a base legal muito firme de um texto do Código".

Talvez, por isso mesmo, já em 1958, era restabelecido na Rússia o princípio da anterioridade da lei, cujo Código Penal de 1960, em seu art. 6º dispõe que "a criminalidade e punibilidade de um fato se determina de acordo com a lei que regia no momento da prática desse fato" (Cfr. "Derecho Penal Soviético", Zdravomislov, Schneider, Kelina e Rashkóvskaia. Editorial Temis, Bogotá, 1970, p. 45).

Por outro lado, na Alemanha, foi, também, reabilitada a regra da anterioridade da lei, mesmo antes das leis de reforma de 1969 e 1970, como se pode ver na publicação do Centro Francês de Direito Comparado, apresentada por MARC ANCEL. E o art. 1º, do Código Penal Alemão, após as leis de 07.04.70 e 20.05.70, proclama que "um ato só pode ser punido quando a punibilidade foi legalmente determinada antes de praticado o ato" (Cfr., tradução de LAURO ALMEIDA, Jose Bushatsky editor, São Paulo, 1974).

6. Aliás, desde 10 de dezembro de 1948, aquele princípio constitui parte do item 11 da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", aprovada na III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das

Nações Unidas, nos seguintes termos: “Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais grave do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

O princípio da anterioridade da lei, que alguns preferem chamar princípio da legalidade ou da reserva legal, assim inserido na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, subscrita por quarenta e oito Nações, passou a ser consagrado pela maioria dos povos cultos, constituindo, sem dúvida, instrumento de garantia contra o arbítrio da autoridade, que não pode punir sem lei que preveja o fato como infração penal e somente nas condições pela lei estabelecidas. Como ensinava NELSON HUNGRIA “pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do “minimum” de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, “a parte objecti” e “a parte subjecti” a uma das “figuras delituosas” anteriormente recortadas “in abstracto” pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da “licitude jurídico-penal” (in “Comentários”, vol. I, Tomo I, p. 12, nº 1, ed. Rev. For., 1953).

Ainda no ensinamento de HUNGRIA “antes de ser um critério jurídico-penal o “nullum crimen, nulla poena sine lege” é um princípio político (político liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os “direitos fundamentais do homem”.

7. Em consonância, pois, com tal orientação liberal e com a própria tradição constitucional brasileira, a Constituição vigente consagra, de modo claro e inequívoco, como garantia penal, a exigência de que o fato, para ser punível, tenha sido praticado depois

da existência da lei que o preveja como suscetível de punição, de modo que todos saibam ou possam saber o que é penalmente ilícito e sujeito a uma pena. Desta garantia, inserida no texto constitucional, decorrem, como corolários, várias outras, destacando-se, desde logo, a de que somente a lei pode definir crimes e cominar penas. E a lei, no Estado Democrático de Direito, procede do Poder Legislativo, integrado por aqueles que foram eleitos pelo povo para o Congresso Nacional.

8. Assim sendo, não se admite que sejam previstos crimes ou penas por outro Poder nem por qualquer outra forma que não seja a lei. Embora entre as atribuições do Presidente da República esteja a de “expedir decretos e regulamentos”, para a fiel execução das leis, não pode o Chefe de Estado prevalecer-se da oportunidade para dispor sobre crimes e penas, nem mesmo no uso da inédita e perigosa atribuição de “editar medidas provisórias com força de lei” (art. 84, XXVI), mesmo porque se, audaciosamente e abusivamente, como tem acontecido em outras matérias, se editasse alguma medida provisória, definindo crimes e penas, ela só seria aplicável depois de convertida em lei (parágrafo único do artigo 62), porque está garantido que não há crime sem lei anterior e medida com força de lei ainda não é lei.

9. Por outro lado, a lei, para prever crimes e penas, há de ser lei federal, porque compete, privativamente, à União legislar sobre direito penal (art. 22, I), não havendo competência concorrente de Estados ou do Distrito Federal, ao contrário do que se passou a admitir no tocante a procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), abrindo-se campo à quebra da unidade do direito processual brasileiro, e, portanto, do direito processual penal, sem que nisso se vislumbre, a meu ver, qualquer espécie de vantagem.

A certeza de que a lei, cuja elaboração compete exclusivamente ao Congresso Nacional, constitui a fonte única das normas, que definem crimes e cominam as penas, é, sem dúvida, uma garantia para a liberdade individual.

10. Além disso, como está expresso no texto constitucional, não é qualquer lei que pode conter previsão de crimes e das respectivas penas, mas a lei que seja anterior ao fato, cuja ocorrência se pretende punir. Daí, outra garantia constitucional da maior relevância: a de que a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL).

11. As leis não são eternas nem imutáveis. Elas se sucedem e se modificam para melhor corresponderem aos imperativos de sua época. Assim como a sociedade se transforma e novas exigências resultam das contingências históricas e sociais, correspondentemente, outras leis se impõem para reger os fatos novos que surjam na realidade da vida. As leis penais, como outras leis, surgem, desaparecem e modificam-se para cominar penas mais severas ou menos severas, para deixar de punir aquilo que antes era punível, ou para punir o que antes era indiferente para o direito penal. Nesta sucessão de leis no tempo, impera, como garantia absoluta de ordem constitucional, a regra da irretroatividade da lei penal que agrave a situação do réu (art. 5º XL, da C.F.).

12. Outra garantia consiste na disposição segundo a qual “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra; nem de caráter perpétuo ou de trabalhos forçados, nem de banimento ou cruéis” (art. 5º XLVII, alíneas a, b, c, d, e). Aliás, a garantia de que não haverá penas cruéis se conjuga com aquela que “inadmite tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III) e com a que assegura ao preso o “respeito à sua integridade física e moral” (art. 5º XLIX).

Não há dúvida de que a pena privativa de liberdade, não obstante o séquito de gravames que acarreta, constitui notável progresso como sucedâneo da pena de morte, então executada com as mais requintadas formas de terror e crueldade, como a fogueira, o suplício da roda, a empalação, o enforcamento, a decepção da cabeça, o esquartejamento do corpo, de que temos marcada experiência histórica na Inconfidência Mineira. A prisão representou uma grande conquista em comparação com as torturas e outras penas corporais, consistentes em mutilações e nos mais refinados meios de

impor castigos pelos sofrimentos físicos. Com efeito, a pena de morte, nas Ordenações do Reino, por exemplo, foi tão prodigamente cominada que, certa vez, indagou-se, jocosamente, se, depois “daquilo”, ainda havia alguém vivo no Brasil. Este era o direito penal do Brasil Colônia. Atualmente, mesmo quanto ao problema da execução da pena, a Constituição procura garantir o seu “cumprimento em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º XLVIII).

13. Conquanto a tudo isso ainda não se possa atender, a Nova Parte Geral do Código Penal, antecipando-se à própria Constituição, já havia instituído regimes diversos de cumprimento de pena: o “fechado”, a executar-se em estabelecimento de segurança máxima ou média; o “semi-aberto” em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e o “aberto” em casa de albergado ou estabelecimento adequado. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância da quantidade da pena aplicada e atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima (art. 33, parágr. 3º do C.P.).

Considerando as referidas circunstâncias, o condenado “não reincidente”, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (art. 33, parágr. 2º, letra “c”, do C. P.); o não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semi-aberto e o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado (Cfr. art. 33, parágr. 2º do C. P.).

14. Mas a aplicação da pena e sua execução, com observância de todas essas circunstâncias e critérios legais, constituem, por sua vez, decorrência de outra garantia constitucional: a “individualização da pena”, prevista no art. 5º, nº XLVI, segundo a qual, pena aplicada e o conseqüente regime de seu cumprimento não podem resultar de mero arbítrio do juiz, mas devem ajustar-se à individualidade do

condenado, aos seus vícios e às suas virtudes, à sua boa ou má índole, à nobreza ou torpeza de seus motivos, aos seus bons e maus antecedentes, enfim, ao grau de reprovação social que mereça a sua conduta, em função de sua maior ou menor possibilidade de ter ou alcançar a consciência da ilicitude do fato.

15. Quanto ao modo de individualizar a pena e outras particularidades do tema serão, certamente, abordados pelo eminente colega, Prof. Ariosvaldo de Campos Pires, a quem ficou afeto o assunto, limitando-se a minha referência ao aspecto da garantia penal de que se reveste a exigência da individualização da pena, por força da qual, embora dois indivíduos tenham praticado crimes da mesma espécie, poderão ser condenados a penas quantitativamente diversas, desde que não tenham sido as mesmas as circunstâncias do crime e as qualidades pessoais de cada um.

16. Por outro lado, como desdobramento da garantia de que a pena deve ser individualizada, está aquela outra segundo a qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV). Isso significa que, por mais estritos que sejam os laços que unam o condenado a outras pessoas, desde que se não trate de união voluntária e consciente para a prática do crime ou com o fim de concorrer na ação criminosa de outrem, a pena não poderá estender-se a qualquer outra pessoa além do autor da infração. Pela mesma razão, não poderá uma pessoa substituir-se a outra no cumprimento da pena.

17. Até aqui focalizamos as garantias constitucionais em favor do indivíduo contra o Poder de Punir do Estado. Entretanto, poder-se-ia cogitar das “garantias penais” consistentes na declaração constitucional de que determinadas violações de direitos individuais serão consideradas crimes. Essa garantia se realiza mediante a descrição de condutas que o legislador ordinário imagine que possa ocorrer na realidade e virem a lesar ou expor a perigo aqueles bens ou ditreitos especialmente tutelados pela Constituição, tais como a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, etc.

Realmente, para determinadas lesões do direito individual a ameaça da pena é a única sanção jurídica possível e a mais eficaz de todas. Há bens cuja lesão é irreparável, porque são insuscetíveis de restituição, como a vida, a liberdade ou a honra. Por outro lado, a reparação material não é bastante além de, por vezes, não ser viável por falta de condições econômicas do autor da violação. Aí, então, a necessidade da garantia penal proporcionada pela ameaça da pena, que atingirá o autor da violação do direito em sua liberdade, o que poderá constituir o mais eficiente fator inibitório da conduta lesiva ao direito alheio.

* * *

Os direitos políticos atingem particularidades necessárias a sua exata configuração, pois estão particularmente interligados à vida política e às suas diversas formas de expressão. São vinculados à idéia de representação política, aos processos eleitorais e à própria definição de democracia. Esta aperfeiçoa-se com o desenvolvimento da representação política, desde que o povo governa por meio de representantes ou por intermédio de formas especiais que concretizam, também, os direitos políticos: o "referendum", o plebiscito, a iniciativa e o "recall".

A representação é um pressuposto do autogoverno do povo, desde que a idéia de soberania incorpora-se à idéia de representação. Conforme ressalta Bidart Campos, no constitucionalismo moderno o governo representativo é uma expressão típica do governo do povo. A representação é considerada, além das formas democráticas diretas e semidiretas, como elemento essencial e inseparável da idéia de