

ASPECTOS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO*

ADHEMAR FERREIRA MACIEL**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

I – Primeiramente quero tecer algumas considerações gerais, de ordem introdutória e teórica.

Sob o ponto de vista puramente histórico, podemos dizer, com o professor Jorge Miranda, que o nosso constitucionalismo nasceu em terras lusas, após a revolução de 1820. Para a elaboração da Constituição de 1822, foram eleitos deputados das províncias brasileiras do então Reino de Portugal, Brasil e Algarves. Mas, sob o ponto de vista jurídico-político já podemos afirmar que a "base" de nosso constitucionalismo atual é de origem norte-americana. Efetivamente, com a proclamação de nossa República, em 1889, os constituintes de 1890 e 1891 procuraram "imitar" a matriz estadunidense, que serviu de "espelho" para outros Estados latino-americanos, para a Suíça e, no pós-Segunda Guerra Mundial, para o Japão ("Constituição McArthur") e outros Estados asiáticos.

Com o passar do tempo, nosso constitucionalismo foi recebendo influências marcantes do constitucionalismo europeu continental. A Constituição de 1988, embora tenha mantido em sua essência o "federalismo", a "república" e "controle judicial" (já sem seu cariz original), todos de matriz americana, trouxe para seu seio muitos institutos e dispositivos de Estatutos constitucionais europeus, sobretudo da Constituição da República Portuguesa e da Lei Fundamental de Bonn.

Outra observação a ser ressaltada é quanto à Constituição de 1988, que mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras

* Palestra proferida em Maceió, AL, no "Ciclo de Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Pedro Acioli" (16.06.95).

anteriores, é "dirigente" (*dirigierende Verfassung*) e "programática" (*programmatische Verfassung*). Ela almeja "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I), erradicando "a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (*id*, III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer "diretivas modeladoras" para a própria Sociedade, acenando com a intervenção do poder público na "ordem econômica", "financeira", "cultural" e "ambiental".

A nossa Constituição, deliberadamente, se afastou do "modelo clássico", que se limitava a estruturar e a dar competência aos órgãos do poder e sobretudo a garantir os direitos fundamentais. Com isso, é fato, a Constituição não deixa de perder parte de sua força normativa e trazer insegurança. Ainda que se corram tais riscos, não se admite mais a "indiferença constitucional", voltada quase só para o Estado e divorciada da Sociedade para a qual ela é feita e procura aprimorar, diminuindo os gritantes desníveis sociais e econômicos.

Hoje, se há preceitos impositivos na Constituição, vinculando materialmente o próprio legislador ordinário, também o Judiciário deve cumprir seu papel na "atualização constitucional" (*Verfassungssaktualisierung*), interpretando as leis ordinárias tal qual preceituado na própria Constituição.

II – Os Códigos Penal e Processual Penal brasileiros, que foram promulgados sob o pálio de outra ordem político-jurídica, não podem, à evidência, ser mais interpretados tal como há cinquenta, vinte ou dez anos.

Na área penal, a Constituição, hoje, tem suas vistas voltadas também para a macrocriminalidade, para o crime organizado, para os delitos praticados contra a ordem econômica, social, financeira, popular e contra o meio ambiente.

III – Nossa Constituição de 1988, possivelmente é de todos os estatutos políticos do mundo o m Prova Criminal ais detalhista em matéria de direitos fundamentais. Em parte isso se explica, porque tínhamos saído de vinte anos de regime autocrático. O seu art. 5º, que contempla maciçamente os "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", está dividido em cerca de 77 incisos, muitos com subdivisões. E note-se que nem todo direito fundamental está concentrado só neste art. gigantesco.

Vou dar dois exemplos.

O primeiro: logo no art. 1º, inciso III, a Constituição toma a "Dignidade da Pessoa Humana" como um de seus marcos filosóficos. Tal princípio fundamental nos veio diretamente do art. 1º da Constituição da República Portuguesa, que, por sua vez, se inspirou no art. 1º da Lei Fundamental de Bonn, com a rubrica "Proteção da Dignidade Humana (*Schutz der Menschenwürde*). Esse dispositivo foi colocado no Estatuto constitucional alemão, como explicam Hans Jarass e Bodo Pieroth em seu livro "*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland — Kommentar*" (C. H. Beck, München, 1992, 2ª ed., p. 27), em razão dos crimes praticados durante o Estado nacional-socialista. Para se ressaltar o primado do homem em relação ao Estado, "primeiro vem o homem e depois, então, o Estado" (...*zuerst der Mensch kommt und dann der Staat*).

Tal princípio fundamental é sumamente importante para o tratamento humanitário a ser dispensado ao preso, seja ele provisório ou já integrado ao sistema penitenciário. Aliás, tal princípio se desdobra em escólio no inciso III do art. 5º: "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

O inciso XLIX complementa: "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

É sabido que em alguns países – inclusive na Alemanha nazista – faziam-se experiências científicas com prisioneiros.

Internacionalmente, repercutiram os massacres de presos no Brasil: Carandiru (outubro de 1992) e Penitenciária Ary Franco (novembro de 1991).

O segundo exemplo está no art. 93, inciso IX, que cuida do princípio da "Publicidade dos Atos Judiciais" e do "Princípio da Necessidade da Fundamentação das Decisões Judiciais". A Constituição diz textualmente "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade..."

Nossa Constituição foi mais radical do que a Constituição lusa, sua fonte inspiradora, que dispõe no art. 208º, 1: "As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei". A 6ª Turma do STJ, da qual faço parte, tem, de modo reiterado, anulado, sobretudo em decretos de prisão preventiva, as decisões de juizes monocráticos ou colegiados que apenas invocam, de modo abstrato, o art. 312 do Código de Processo Penal.

No corpo do art. 5º, encontramos mais de quatro dezenas de normas sobre direitos fundamentais, que não estão colocadas de modo ordenado ou sistemático. Assim, vem o princípio penal da "Licitude da Prova Produzida". Só a prova obtida de acordo com a lei é que vale processualmente. Dessa maneira, a prova conseguida mediante tortura, coação, narcoanálise ou sub-repção é considerada ilegítima.

O inciso XXXV abre as portas do Judiciário para quem se sentir lesado ou ameaçado de lesão em seus direitos subjetivos, sejam eles de cunho penal ou não. É o *direito de ação* e o seu reverso, o *direito de contra-ação* (defesa). Não se trata de acesso puramente formal. E mais que isso. É o acesso ao processo regular, ao denominado "*devido processo legal*". Ou seja, o processo criado por lei formalmente feita de acordo com a própria Constituição, com ampla defesa e assistido por profissional habilitado, sem prejuízo de eventual autodefesa. Tanto isso é certo que o inciso LIV repete enfaticamente que "*ninguém será privado de liberdade*

ou de seus bens sem o devido a processo legal". No caso de miserabilidade do demandante ou do demandado, ser-lhe-á garantida "Assistência Judicial Integral e Gratuita" (inciso LXXIV).

A garantia da tutela jurisdicional apresenta, para maior aperfeiçoamento, sobretudo na área penal, diversos desmembramentos. Assim, o inciso XXXVII e o inciso LIII consagram o princípio do "Juiz Natural", repudiando as *kangaroo courts*, os tribunais *ad hoc* ou constituídos *post factum*. Todos os acusados têm direito ao seu "*day in court*", isto é, o direito fundamental de ser ouvido e expor suas razões perante seu juiz natural (Juiz competente), produzindo suas provas e criticando as provas produzidas (Dialética processual) e de se utilizar licitamente de todos os Recursos judiciais que a lei põe a seu alcance (inciso LV).

No inciso LXI está consagrado que a prisão só pode ocorrer em duas hipóteses (excepciona o caso de transgressão militar): em flagrante delito ou mediante ordem escrita de juiz competente. Mas, de qualquer sorte, só se mantém preso – flagrante delito – se houver necessidade para acautelar a regularidade do processo penal.

O inciso LVII cristaliza marco importante da jurisprudência americana, o denominado "*Miranda v. Arizona*", de 1966, que passou por 5 votos a 4, quando a Court Warren procurou restringir os *law-enforcement methods* em prol das garantias dos indiciados e acusados. Praticamente toda criança americana, de tanto ver televisão, hoje sabe de cor as palavras que a polícia passou a recitar quando da prisão de alguém: "*you have the right to remain silent...*" Esse inciso constitucional obriga a polícia a dar notícia ao preso de seus direitos constitucionais, inclusive o de comunicar-se com a família e com seu advogado. Também abre a possibilidade de o preso saber quem efetuou a prisão e qual a razão dela (nota de culpa).

O inciso XXXIX repete o *princípio da legalidade* ou da *reserva legal*, que vem escrito em todas as nossas Cartas e Constituições.

As figuras típicas e suas sanções só podem ser criadas por leis do Congresso Nacional e de acordo com o devido processo legal.

Assim, pode-se colocar em xeque a instituição de tipo e de pena via medida provisória. No caso de se admitir a sua criação, há o entendimento de que a definição do novo crime só opera depois de a medida provisória se converter em lei.

Outro princípio também já assentado e arraigado em nossa consciência jurídica, mas, mesmo assim, nem sempre bem entendido por nossos juizes, é o da *irretroatividade da lei penal*.

O inciso XL é peremptório, dizendo que "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*". É comezinho que a irretroatividade, aí, não é só da norma puramente penal, mas também da denominada "*norma processual material*". Como se sabe, a comunhão entre "direito penal" e "direito processual penal" é muito maior do que entre o direito em geral e o processo não-penal. É que o direito penal só se realiza através do processo. Em outras palavras, não existe concreção penal sem processo penal. A norma nova não é só quanto a tipo, mas quanto à forma e ao próprio modo de execução da pena.

A Constituição, contrariando as ciências penais, torna alguns crimes imprescritíveis. E o caso da "*prática de racismo*" (inciso XLII) e a "*ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático*" (inciso XLIV).

Para outros crimes, ela mesma já os torna inafiançáveis, como a "*prática de tortura*", "*tráfico de drogas*", o "*terrorismo*" e os "*hediondos*" (inciso XLIII), bem como a "*ação de grupos armados*" (inciso XLIV).

O inciso XLV consagra o *princípio da responsabilidade pessoal*, já tradicional em nosso direito constitucional. Esse princípio nos vem da Revolução Francesa. A Constituição, ao secundá-lo, mostra sua aversão à responsabilidade objetiva. A responsabilidade penal só pode ser pessoal do criminoso. É interessante, porém, notar que nos arts. 173, § 5º, 225, § 3º, a Constituição procura se afinar com corrente moderna, atribuindo "responsabilidade penal à pessoa jurídica". Como se sabe, muitas vezes a responsabilidade penal da pessoa física atinge exatamente o testa-de-ferro, o *straw man*, que apenas faz cumprir decisão de órgão colegiado da empresa.

Outro princípio que tem ensejado margem a discussões no STJ (6ª Turma) e no próprio Supremo Tribunal Federal é o da *individualização da pena* (inciso XLVI). Doutrinadores, como Alberto da Silva Franco ("Crimes Hediondos", RT, 3ª ed.) e Luiz Vicente Cernicchiaro ("Cons. sobre o Crime Hediondo, em Proc. Penal e Constituição Federal) entendem que o § 1º do art. 2º da LCH, por fixar previamente o regime prisional dos crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo, é inconstitucional. Inconstitucional porque contraria o "princípio da individualização da pena", o "princípio da isonomia" e o "princípio da humanidade". Pessoalmente, não tenho partilhado desse ponto de vista. A individualização da pena, no nosso sistema, embora possa parecer ilógico, cabe não só ao juiz, mas também ao legislador ordinário. O Supremo Tribunal Federal – vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence – ao apreciar a questão (HC nº 69.657-1-SP) foi pela não-ofensa aos princípios constitucionais. Embora os votos, no fundo, tenham sido majoritariamente convergentes (constitucionalidade), as argumentações foram dispares. A 6ª Turma do STJ, vencido o Min. Vicente Cernicchiaro, tem seguido a orientação majoritária do STF. Se num sistema misto, como o nosso, em que o juiz não é inteiramente livre para fixar a modalidade da pena e seu *quantum*, cabe ao legislador também individualizar a pena para determinados crimes que entenda politicamente mais nocivos ao

meio social. Foi o que fez a LCH, sem nenhum abalo constitucional, penso. O que a lei infraconstitucional não poderia fazer era estabelecer pena de morte, pena muito alta (prisão perpétua), banimento e pena cruel (inciso XLVII). O entendimento da 5ª Turma do STJ é no mesmo sentido.

O inciso XLVIII, como observa Sidnei Agostinho Beneti ("A Constituição e o Sistema Penal", RT, 704/296 e seg.), ao dizer que "*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*", vem de encontro a experiências internacionais penitenciárias de *ressocialização* do interno. No Estado americano da Califórnia, em Sacramento, há um estabelecimento penitenciário em que homens e mulheres trabalham e têm recreação juntos.

O inciso LXVII fala em "*prisão civil por dívida*". A 6ª Turma, diferentemente da 5ª Turma do STJ e do próprio STF, não tem admitido a prisão do inadimplente no caso de contrato de alienação fiduciária em garantia. Entendemos que o "depositário infiel" a que alude a Constituição só pode ser aquele da ação de depósito tal como previsto nos arts. 1.265 e seg. do Código Civil (RHC nº 4.288). É que o credor fiduciário não é proprietário e o devedor fiduciante não é depositário. O contrato de alienação fiduciária poderia, no máximo, ser entendido como de "penhor sem tradição da coisa", nunca como "contrato de depósito". O que o Decreto-Lei 911/69 fez, ao alterar o art. 66 da LMC, foi reforçar garantia de dívida civil mediante ameaça de prisão, o que contraria o espírito da Constituição e os postulados do direito moderno.

Por último, um enfoque ligeiro no denominado princípio da presunção de inocência (inciso LVII), que tanta polêmica tem trazido em nossas cortes de justiça.

Esse dispositivo foi, sem dúvida, inspirado no art. 32, 2 da Constituição da República Portuguesa (1976):

"Todo o argüido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".

Além da inserção constitucional, já temos dois diplomas legislativos introduzindo o "princípio da presunção de inocência" em nossa legislação interna. Refiro-me ao "Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos" (Decreto Legislativo 226/91, com obrigação internacional a partir de 24.04.92) e a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" ("Pacto de São José da Costa Rica", através do Decreto Legislativo 27/92). São direitos fundamentais incorporados à Constituição por força do § 2º de seu art. 5º.

O STJ editou a Súmula nº 9, que tem a seguinte redação:

"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência".

Desse verbete sumular apenas se extrai o entendimento de que mesmo o réu de bons antecedentes e primário está sujeito à prisão provisória.

Mas, é preciso que fique bem claro: o juiz, em qualquer circunstância, só pode deixar preso (prisão em flagrante) ou mandar prender (prisões preventiva, de pronúncia ou em sentença condenatória), se mostrar, formal e materialmente, que tal custódia é *imprescindível*. Se houver necessidade acautelatória, prende-se. Senão, deixa-se solto. Desse modo, não basta que o juiz, quando da prisão provisória ou mesmo da sentença condenatória, invoque simploriamente, como se dá com a Lei dos Crimes Hediondos, o inciso II do art. 2º, que diz que "os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de (...) fiança e liberdade provisória".

A 6ª Turma do STJ tem entendido que o juiz é sempre obrigado a demonstrar a necessidade da prisão, ainda que se trate de tais figuras penais relacionadas acima. Se não ficar cabalmente demonstrada a necessidade, violados ficam os princípios da "dignidade humana", da "presunção de inocência" e da "liberdade provisória".