# A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA PENAL*

SIDNEI AGOSTINHO BENETI
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal em São Paulo e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, da Faculdade de Direito da UNIP-Objet. e de Prática Civil da Faculdade de Direito da USP. Conselheiro e Professor da Escola Paulista da Magistratura

*1. Constituição, Direito Penal e Processual Penal — 2. Evolução constitucional da proteção penal — 3. A Constituição de 1988 e o Direito Penal — 4. A Constituição de 1988 e o Processo Penal — 5. Conclusão.*

## *1. CONSTITUIÇÃO, DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL*

1. A Constituição é instrumento jurídico bastante engenhoso, criado pelos homens para a organização básica de regras da convivência de um povo. É o protocolo fundamental das regras de convivência no país. Esse protocolo principal de regras de convivência naturalmente tem de se preocupar com algumas regras de convivência de especial importância no elenco de normas jurídicas, que são regras que interessam à lei penal.

2. São regras de convivência de especial relevo, as penais, porque o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas de nível superior ao das demais normas, porque é um conjunto e normas que vêm em reforço das demais, para o caso de estas falharem, de serem insuficientes a impor o respeito à ordem jurídica. É na Constituição que o Estado condensa o poder de submissão, pela disciplina do próprio poder. Dalmo de Abreu Dallari, aliás, encontrou em Lassale a síntese de que a Constituição é a "expressão dos fatores reais do poder" ("O Poder Judiciário e a Filosofia Jurídica na Nova Constituição", em "O Poder Judiciário na Nova Constituição", Lex, 1990, pág. 17).

O Direito Penal só cuida de fatos muito importantes, para os quais os demais ramos do Direito privado e público não sejam poderosos o suficiente para obter-lhes a obediência. Mas a força do Direito Penal não vem apenas dele próprio. Para ser suficientemente forte, a ponto de sobre-reger a convivência na sociedade, no campo que lhe é reservado, firma-se ele no Direito Constitucional, de modo que o que infunde força ao Direito Penal é o Direito Constitucional. E, a rigor, essa assunção de força pelo Direito Constitucional, relativamente ao Penal, é mais intensa do que no tocante a outros ramos do Direito, como o Civil. Porque os negócios realizados na sociedade, esses poderiam existir, poderiam subsistir, independentemente do arrimo constitucional, ao passo que o Direito Penal jamais sobreviveria se não tivesse um

* Palestra no Instituto dos Advogados de São Paulo, em 1.10.91.

forte substrato constitucional, porque é na Constituição que o Direito Penal vem auferir a legitimidade — para interferir em direitos fundamentais dos cidadãos, visto que, se não houvesse a previsão do sancionamento penal na Constituição, todo cidadão estaria previamente isento da sanção penal.

Toda sanção penal atinge direitos fundamentais, seja a liberdade, seja o patrimônio, de maneira que o que abre o campo para o ingresso do Direito Penal nessa esfera de disponibilidade importante de direitos relevantes dos cidadãos é o Direito Constitucional.

De uma certa maneira, podemos ver, no Direito Constitucional, o verso e o reverso do Direito Penal. Vemos o Direito Penal encaixando-se na Constituição naquilo que a Constituição o apóia, libera-o; e vemos o Direito Penal limitado pela Constituição naquilo em que a Constituição lhe veda a invasão à esfera de liberdade dos cidadãos.

3. O mecanismo no campo penal torna-se mais sutil e significativo se atentarmos a que o Direito Penal é o único ramo do Direito que não se exercita sem o Direito Processual. Os ramos do Direito em regra se executam independentemente da atividade processual. A atividade processual é um acidente na vida do direito civil. Os contratos, os negócios, a vida em sociedade, o casamento, a constituição de família, o parentesco, todas essas relações importantes se realizam, em geral, independentemente do processo. Assim no Direito Administrativo, assim no Direito Comercial. As obrigações, os negócios jurídicos, provocam normalmente conseqüências próprias e são normalmente cumpridas pelos seus destinatários, independentemente do processo. O processo civil, em sentido lato, será um acidente, de que se cogitará apenas no caso do descumprimento, no caso do surgimento da lide, aí é que surgirá a oportunidade do processo.

Com o Direito Penal isso não ocorre. No Direito Penal, como ponto de amarração importante do sistema de garantia individual, há a obrigatoriedade de invocação da atividade jurisdicional como condição de imposição da sanção penal. Não se aplica uma pena, nenhuma, senão por intermédio da jurisdição, e a jurisdição se executa por intermédio do processo.

Daí se segue que a Constituição precisa se preocupar, também, com o sistema processual penal, porque, sem o sistema processual, regrado pela Constituição, o Direito Penal, na execução prática, poderia redundar no arbítrio e poderia atingir esfera de direito a ele não permeabilizada pela sociedade. Sem o adequado regramento constitucional, o direito processual penal pode vir a se transformar em instrumento de perpetração de agressões insuportáveis à liberdade individual.

4. Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional estão, portanto, de mãos dadas em ligação indissolúvel. Daí a razão de, historicamente, esses direitos se entrecruzarem nos mesmos diplomas legais. As leis que garantiram liberdades individuais gerais preocuparam-se também com a garantia de liberdade individual contra a punição penal e contra o processo penal.

É interessante notar, a propósito, que a Constituição brasileira de 1988 realiza, nessa matéria, avanço um pouco diferente no rumo da dosagem desses freios penais e processuais penais. Temos a Constituição praticamente programando algumas agressões à liberdade, programando a repressão. A Constituição brasileira de 1988, que, em tantos sentidos, é uma Constituição libertária e uma Constituição extremamente avançada, mesmo para nosso estágio jurídico e para a evolução constitucional no mundo, é a Constituição brasileira que mais estabelece regramentos no sentido de incentivar o uso do Direito Penal. Nesse aspecto, só há similar, entre as Constituições brasileiras, na Constituição de 37, que, bem o sabemos, é uma Constituição nutrida do regime ditatorial.

Não deixa de ser curioso que uma Constituição extremamente democrática, votada com toda liberdade, tenha trazido dispositivos programáticos de Direito Penal, destinados à repressão de delitos, e de feição mais marcante e contundente do que a própria Constituição de 1937. A Constituição de 1988, nesse sentido, é bem mais dura do que ambos os textos constitucionais havidos ao tempo do regime militar brasileiro, a de 1967 e a EC 1/69.

5. A Constituição vigente, no aspecto penal e processual penal, não é muito inovadora. O fato de não ser inovadora não é demérito ou desvantagem da nossa Constituição, visto que, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "as instituições que nos governam — no Ocidente — são basicamen-

te as mesmas que o século XVIII desenhou" (*O Estado de Direito e a Constituição*, Saraiva, 1988, p. VII). A verdade é que, desde que surgiu o constitucionalismo, como conseqüência da ascensão da burguesia, com momentos marcantes na Independência Americana e na Revolução Francesa, as Constituições têm inovado pouco e têm inovado pouco a tal ponto que as suas proclamações solenes de direitos, que eram muito importantes na época do constitucionalismo, na época do iluminismo quando se lutava contra o poder monárquico e feudal estabelecido, prepotente e despótico, hoje em dia, muitas vezes soam vazias, apenas repetem frases, lançadas nos textos atuais em razão da tradição da história, mas já não possuem a dicção de comando necessário, imprescindível à preservação da liberdade individual, que antes apresentavam.

Celso Bastos, a propósito, anota: "Fui procurar consultar as constituições mais expressivas do Constitucionalismo do segundo pós-guerra e, nada obstante, um fato óbvio de que elas continuam a insistir nos práticos direitos de liberdade, de igualdade e de propriedade" ("Direitos e Garantias Individuais", em "Constituição e Constituinte", col. *Cadernos APAMAGIS*, 6/115, RT, 1987).

Muitas das solenes proclamações já estão de tal forma incrustadas no sentir da sociedade moderna, que não precisariam ser repetidas a não ser pelo amor à tradição. Será que a ciência processual e a ciência penal modernas tolerariam uma lei penal retroativa hoje em dia, se a Constituição, no art. 5.º, XL, não a vedasse, salvo quando benéfica? Parece que a consciência jurídica brasileira, nesse ponto afinada com a consciência jurídica de toda a humanidade civilizada, já se mostra suficientemente madura a ponto de, por si, vir a fulminar como contrária ao direito fundamental dos seres humanos algum atentado dessa natureza a direitos fundamentais. O próprio direito natural, batido, repisado, tantas vezes, pelo constitucionalismo, no decorrer dos séculos, já criou, de uma certa forma, uma Constituição na mentalidade dos cidadãos — uma Constituição que integra o patrimônio jurídico da civilização ocidental, de tal forma que os textos constitucionais, nesse ponto, praticamente não precisariam ser escritos para que esses direitos fundamentais viessem a ser preservados.

Temos, sem dúvida, e sempre, o temor da volta à prepotência. Essa é a razão pela qual toda vez que se cogita de modificação constitucional esses textos revivam por intermédio da declaração solene de garantias e direitos individuais. Desse temor participam todas as sociedades livres do mundo. No entanto, de uma certa maneira, podemos pensar que essas proclamações de direitos individuais já sejam de menor importância, mormente diante da necessidade do surgimento de elenco novo de direitos, afeiçoado às peculiaridades da complexa sociedade moderna, em que o social tantas vezes é entravado pelo restolho individual criado pela necessidade da história, mas em tantos pontos já por ela ultrapassado.

Os direitos sociais, contudo, não receberam o reforço penal apropriado na Constituição de 1988, preservando ela basicamente direitos individuais na forma clássica, vindos do individualismo burguês, os quais, em muitos momentos, atuam como verdadeiros bloqueios à realização do elenco de direitos sociais contidos na Constituição.

6. Alguns direitos novos surgiram, na nossa Constituição, em termos programáticos, mas os programas muitas vezes se perdem no vazio. É do Prof. Celso Bastos a constatação de que a doutrina sobre a norma programática "acaba por transformar boa parte de nosso Direito num depositório tão-somente de boas intenções, sem qualquer significação jurídica, o que também é uma fonte constante de desprestígio da ordem jurídica e conseqüentemente do próprio Poder Judiciário" (ob. cit., p. 121). Essas palavras de boas intenções, que não se efetivam no sistema nacional, e não se efetivam também em muitos sistemas do mundo porque precisam de uma operacionalização implantada com a tradição jurídica e a evolução social, em cada grupamento a que sejam destinadas, esta normação nova ainda está engatinhando entre nós. Vejam-se, no campo penal e no campo processual penal, as questões atinentes à delinqüência não individual, a das sociedades criminosas, a das entidades destinadas à fraude, mediante a utilização de fachadas de pessoas jurídicas, as referentes ao proveito patrimonial de origem lícita não explicável.

A Constituição passou ao largo dessas questões. Claro que passou ao largo porque

não estavam amadurecidas, mas em algum momento, em algum tempo, a sociedade terá de enfrentar o problema para que possa ter sucesso na repressão de crimes que grassam com toda a perspectiva de sucesso, entre nós e em várias outras sociedades, como os chamados "crimes do colarinho branco", os "crimes de abuso de poder econômico" e tantos outros crimes cometidos por integrantes do poder econômico, político ou, simplesmente, administrativo-burocrático.

7. A Constituição de 1988, de qualquer forma, possui o seu elenco de normas de regramento do Direito Penal e do Direito Processual Penal, em meio àquele rol "suficientemente completo" de direitos e garantias individuais salientado por Ada Pellegrini Grinover ("Direitos e Garantias Individuais", em *Constituição e Constituinte*, cit. supra, p. 123). O rol é o tradicional, mas aparentemente mais longo do que o normal, porque desdobrado em explicitações redacionais. A técnica de desdobramento de redação de direitos, acabou produzindo a impressão falsa de maior número de direitos fundamentais. O elenco tradicional de garantias, que vão redundar na formação de um sistema penal e processual penal, acabou produzindo, no nosso sistema constitucional, a Constituição mais pródiga em quantidade de proteções. Não é novidade que o art. 5.º é uma das maiores cartas de direitos e deveres individuais e coletivos do mundo, se não a maior do mundo.

Essa proteção, na órbita penal e processual penal — a proteção do cidadão — a preocupação constitucional com o processo penal e direito penal, leva, no nosso sistema, nos arts. 5.º, a 44 garantias fundamentais, bem como a mais uma importantíssima regra de não exclusão, a do art. 5.º, § 2.º, que diz que "os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos regimes e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Quer dizer: aquilo que resultar dos princípios da Constituição também se considera automaticamente escrito como direito e garantia individual, prescrito na Constituição.

8. Esse número de dispositivos, constituindo 44 solenes proclamações de garantias fundamentais, que vamos em seguida examinar, vence de longe o rol das demais Constituições. Alguns são novidade curiosa, verdadeiras surpresas, porque, como já disse, prestigiam a repressão, ainda que para a defesa de direitos individuais, mas sempre a repressão, o que não é comum nas Constituições brasileiras, salvo na Constituição de 37. Por exemplo, o n. XLI: "A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". É clara a boa intenção de preservação de direitos e liberdades fundamentais, mas é irrecusável que o linguajar é repressivo.

A Constituição determinou a repressão, a Constituição optou pela utilização do Direito Penal no sentido positivo, indo além do controle negativo da sanção penal, apregoou a utilização da sanção penal. Na mesma ordem, o n. XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", dispositivo mais grave ainda, como verificação de tendência, porque impõe o endurecimento do Direito Penal e Processual Penal — ainda que, repita-se, com o substrato da boa intenção antidiscriminatória...

Há um escrito do Prof. Francisco Rezek, atual Ministro das Relações Exteriores, à época Ministro do Supremo Tribunal Federal, que mostra a perplexidade diante dessa opção da Constituição Federal pelo afastamento de um dos direitos importantes adquiridos pela sociedade no decorrer dos séculos — que é o direito ao esquecimento dos delitos por intermédio da prescrição. Diz Francisco Rezek: "Há tópicos que devem ser lamentados, como o atentato violento que se perpetrou contra um princípio básico de Direito Penal em quase toda parte, ou da influência do fator tempo sobre a vitalidade do processo penal. A extinção da punibilidade, pelo decurso do tempo é um princípio elementar do Direito Penal, que não deveria ser agredido como é, quando o constituinte diz que são imprescritíveis certos delitos (cf. "Princípios Fundamentais", em *A Constituição Brasileira de 1988 — Interpretações*, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Forense Universitária, 1990, p. 16).

9. Imprescritíveis, inafiançáveis e hediondos, como reafirma o n. XLIII 43: "A lei considerará crimes inafiançáveis e insucetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes

hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los se omitirem". O conceito de "crimes hediondos" veio a levar à promulgação de recente lei no final do governo do Presidente Sarney (Lei 8.072, de 25.7.90), o que é outro fato curioso — e que enseja, aliás, algumas digressões.

Antes de mais nada, há, sem dúvida, incongruência entre esta inafiançabilidade e imprescritibilidade de crimes como o racismo e os crimes considerados hediondos — tortura, tráfico ilícito e outros crimes — incongruência entre o tratamento desses crimes e o de outros crimes que podem ser cometidos juntamente com esses, de tal forma que o tratamento desses crimes pode redundar muito mais rigoroso do que os crimes de resultado que venham a se perpetrar sob o móvel do racismo ou com a atividade material da tortura. Por exemplo, o homicídio: se o racista não quiser que o discriminado entre em seu restaurante, pode insultá-lo dizendo que ele não entra devido à raça e, neste caso, o racista responderá por crime inafiançável e imprescritível, responderá ao processo preso e sem prescrição a seu favor. No entanto, se ele tirar um revólver e matar a pessoa, sem dizer nada, neste caso o homicídio será afiançável e prescritível. É uma incongruência constitucional, oriunda, de certa forma, do abandono do padrão normal de redação das Constituições, que é o de não pregar normas punitivas positivas e de apenas resguardar, como é comum no constitucionalismo, a liberdade por intermédio do direito penal que venha depois.

Assim também na tortura. Se, no decorrer da tortura, alguém viesse a morrer, estaria aí lançada a possibilidade de o torturador vir a responder ao processo em liberdade, visto que seria denunciado por homicídio e não por crime e tortura — quanto for este tipificado, visto que ainda não existe no Brasil, não existe o fato criminal típico da tortura. De forma que o crime de homicídio será prescritível e afiançável, ao passo que o crime da tortura, em si, seria imprescritível e inafiançável.

Também constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. Aqui temos um preceito de "democracia armada", a proteção da democracia por intermédio da força do Direito Penal. E é muito difícil saber a diferença que existe entre democracia armada na sua defesa, e atividade antidemocrática. No momento em que se quer a defesa da democracia, por intermédio da força, pode essa mesma democracia vir a ser invocada, já que conceito etéreo, conceito dúctil, no sentido do lançamento da arma contra os adversários do regime. Com o exemplo histórico do sucesso das votações obtidas por Hitler, em ascensão nos primeiros tempos de governo nacional-socialista na Alemanha, seria razoável questionar se episódicas vitórias em eleições fosse sinônimo de ajustamento à vontade democrática, os nazistas teriam sido os mais lídimos representantes do Estado democrático, de forma que, em regime constitucional como o nosso, se justificaria, talvez, o lançamento da força contra os adversários do regime, por intermédio da invocação do Estado Democrático ou da defesa do Estado Democrático...

## 2. *EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO PENAL*

10. Esses direitos e garantias fundamentais, em número de quarenta e quatro, constantes da Constituição atual, são, conforme dito, em número bem maior e mais desdobrados do que os das Constituições anteriores, como se pode ver de rápida passagem pelas Constituições brasileiras.

A Constituição de 1824 prescrevia 15 garantias fundamentais e a maior parte delas é dessas que até hoje remanescem na Constituição brasileira: "A casa é um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela sem o seu consentimento, ou para defender de incêndio ou inundação". Depois a Constituição passou a dizer: "no caso de desastre", "incêndio ou inundação", o que deve ter gerado alguma discussão, para verificar se era incêndio ou inundação só, ou outra coisa, porque a Constituição passa a se contaminar, na parte penal, dos mesmos padrões de análise típica do Direito Penal, de forma que os termos utilizados quase que podem ser lidos a guisa de núcleos, a tipicidade quase que se transpõe para o organismo constitucional.

"Ninguém poderá ser preso sem culpa formada"; "ninguém será mantido preso se pres-

tar fiança idônea"; "à exceção do flagrante delito a prisão não pode ser executada se não por ordem escrita da autoridade legítima"; "ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente por virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita". Lei anterior... A retroatividade da lei está banida realmente da consciência jurídica mundial. Essa retroatividade da lei penal foi negada até mesmo pelos Juízes da época de Hitler, depois dos expurgos promovidos pelo regime nazista no Judiciário, de forma que os próprios Juízes praticamente nacional-socialistas que eram os que ficaram nos cargos, até eles negaram a retroatividade da lei penal, instituída pelo regime hitlerista — assim como negaram a aplicação da analogia contra o acusado. Essa é uma prova suficiente de que não havia tão ingente necessidade de incrição solene de muitos direitos do liberalismo clássico na Constituição Federal de hoje em dia.

"Será mantida a independência do poder judicial. Nenhuma autoridade poderá evocar as causas pendentes ou fazer reviver os processo findos". Vejam a preocupação que havia no Império! Reviver processos findos! Processos findos, claro, já julgados, não há revisão *pro societate* — constitucionalmente não podiam ser revividos. A propósito, aliás, é interessante a notícia histórica de que, em processos medievais em que se condenavam acusados de bruxaria, queimavam-se os autos do processo na mesma fogueira em que se executava o condenado. Por quê? Para que, diziam, todos os vestígios do pecado desaparecessem, inclusive os escritos dele decorrentes. Essa era a explicação, mas, com os olhos de Juiz, com nossos olhos críticos atuais, podemos muito bem desconfiar de que essa era uma forma engenhosa de fazer desaparecer o julgamento realizado com ofensa aos direitos do acusado ou de fazer desaparecer os vestígios dos delitos cometidos pelo Juiz inquisidor sob o pretexto do julgamento.

"Não haverá foro privilegiado nem comissões especiais nas causas cíveis ou criminais". Foro privilegiado, célebre problema do clássico filme sobre juízes especiais, adrede escolhidos para a condenação dos acusados já anteriormente absolvidos, o filme de Costa Gavras intitulado "Seção Especial de Justiça".

11. A Constituição de 1891 estabeleceu 11 garantias e acrescentou o sistema da garantia geral de não exclusão de garantias decorrentes do sistema jurídico, de acordo com art. 65: "A especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna".

A enumeração contém as mesmas garantias da Constituição do Império, mais algumas: "Não haverá foro privilegiado"; é garantido o *habeas corpus* — surgindo esse importante instrumento constitucional, sob influência dos constitucionalistas americanos, com Ruy Barbosa, entre nós, à frente. Torna-se "inviolável sigilo da correspondência" — que neste momento se tornava relevante, em razão do desenvolvimento do sistema dos correios. "Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente", garantia importante, sintonizada com o desenvolvimento da ciência penal. "Fica abolida a pena de galés", que existia no Brasil até essa época, e então foi suprimida. Afastou-se a pena de morte, no caso de crimes políticos, de forma que subsistiu a pena de morte normalmente, para outros crimes, após a República. E as demais previsões são as mesmas. "A casa é um asilo inviolável", a exceção do "flagrante delito, ninguém será considerado preso", e assim por diante.

12. A Constituição de 1934, no rol dos "Direitos e Garantias Individuais", a partir do art. 113, conteve 11 garantias, e mais a regra de não exclusão de garantias decorrentes do regime e de princípios subjacentes, já antes lançada pela Constituição de 1891: "A especificação dos direitos e garantias, expressos nessa Constituição, não exclui outros resultantes do regime e dos princípios que ela adota".

As garantias são as mesmas da Constituição anterior: "A casa é asilo inviolável"; "ninguém será preso salvo em flagrante delito"; "ninguém ficará preso se prestar fiança idônea"; "dar-se-á *habeas corpus* — melhorando-se a redação da garantia de *habeas corpus*"; "não haverá foro privilegiado"; "nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente".

Uma novidade: a retroatividade benéfica da lei penal: "A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu", o que hoje temos por pacífico.

13. A Constituição de 1937 é curiosa. Reduziu ela as garantias penais ao número

de 8 (art. 122); o menor número de todas as Constituições brasileiras. E, nessas 8 garantias, a redação é mitigada, menos enfática; ao mesmo tempo em que a Constituição proclama algumas garantias dá ela o "antídoto", a contra-garantia.

Essa a forma da escrita da Constituição de 37. Garantia: "Inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei". "Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicarão aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na ação militar, para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes...". E aí vêm vários crimes, a maior parte políticos. "Tentar submeter o território da nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro"; "tentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania"; "tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que, para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra"; "tentar, com o auxílio... (e aqui o endereço muito certo aos comunistas da época!), com o auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro, ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição"; "tentar subverter por meios violentos, a ordem política e social com o fim de apoderar-se do Estado para estabelecimento da ditadura de uma classe social", naturalmente, a "ditadura do proletariado", dispositivo também claramente dirigido aos comunistas, embora outras doutrinas também pudessem ser entendidas como destinadas a estabelecer a supremacia de uma classe social.

É uma peculiaridade histórica. Aqui, lembre-se, são dispositivos que permitiram a instituição da pena de morte, de acordo com a lei: "A lei poderá instituir a pena de morte para: Letra "f": "O homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade". Homicídio cometido por motivo fútil... que hoje em dia é, entre nós, um crime que não alça à categoria de crimes hediondos, nem, no projeto do Dep. Amaral Neto é abrangido como crime passível de pena de morte. O homicídio, hoje em dia, não é mais tido como crime com a gravidade que possuía à época. Que mudou? Parece que mudou a violência da sociedade brasileira, pois as demais espécies de crimes, sobretudo o estupro e o latrocínio, seguidos de morte, passaram a ter relevância estatística muito maior, a ponto de, contra eles, dirigir-se a pretensão da instituição da pena de morte.

Registre-se, como coincidência histórica, que a Constituição de 1937 usou a terminologia que agora revive na legislação do menor. Quando vi referências a "Lei da Infância e da Juventude", "Tribunais da Infância e da Juventude", eu não consegui evitar a idéia de termos utilizados, na escrita de leis, de propaganda política. "Infância e Juventude", lembram-se coisas típicas de regimes de intensa propaganda política. Pois bem: está na Carta de 1937 — assunto que não tem nada que ver com o nosso tema, mas convém referir: "a lei pode prescrever medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como, especialmente, destinada à proteção da infância e da juventude". Doutrina política, não ciência jurídica propriamente dita, é que gera essa terminologia que agora está presente na nossa legislação sobre Infância e Juventude, com o qual, talvez, se tenha pretendido resolver o problema do menor, puramente suprimindo o tempo "menor" e, mais uma vez, apenas mudando o nome das coisas — em vez de Varas Menores, passou a haver Varas de Infância e Juventude, substituindo-se os termos "menor infrator", "menor abandonado" e assim por diante.

O exame da Constituição de 1937 mostra como as palavras e as idéias podem servir a diversos senhores, como a espada, empunhada por um ou por outro: dizia a Carta de 1937 que "é proibido o anonimato", com o que o Estado forte obrigava a identificação de seus adversários, ao passo que a Constituição de 1988, agora, também proíbe a denúncia anônima, sob pretexto de preservar os direitos individuais (art. 5.º, IV)!

N. 17: "Os crimes que atentarem contra a existência, segurança, integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processos e julgamentos perante Tribunal especial". Grave quebra das mais sagradas garantias de natureza penal e processual penal, sobretudo no campo processual penal. São os famosos

tribunais especiais, instalados à época, "na forma que a lei instituir".

E, por fim, o art. 123, que é um modelo de prestidigitação com as palavras: "A especificação de garantias e direitos, acima enumerados, não exclui outras garantias de direitos resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição". Isso outras Constituições já vinham trazendo, mas se acrescenta: "o uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva bem como as exigências à segurança da nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nessa Constituição". Quer dizer, o que não fosse com esse objetivo, o direito e as garantias individuais que não fossem utilizados para o fim de acatamento e preservação do Estado forte, eram degradados para a categoria de abuso de direitos e garantias individuais, de modo que deixavam de ser amparados. Quer dizer: com uma penada, no art. 123, parte final, praticamente se anulavam todas as proclamações anteriores do já parco rol de oito direitos e garantias fundamentais de natureza processual penal e penal, constantes da Constituição de 1937.

14. A Constituição de 1946 é a matriz próxima da Constituição atual. São 15 direitos no seu famoso art. 141. Não é necessário enumerá-los, porque são, mais ou menos, os que constam do texto constitucional agora, só que atualmente há mais alguns direitos e garantias fundamentais.

Uma curiosidade, quanto à redação, é a fórmula quanto ao Júri: "É mantida a instituição do júri". Nos estudos realizados pela Comissão de Juízes do Tribunal de Alçada Criminal, que integrei, em 1987/88, questionou-se a conveniência de conservar a redação "é mantido o Tribunal do Júri", a qual fornece a impressão de haver forte e atuante corrente supressiva do Tribunal do Júri, o que não corresponde à verdade, tanto que não se tem notícia de sustentação séria de supressão legislativa do Tribunal do Júri entre nós. Mas, isso vem da primeira Constituição republicana em que o Júri era de um Tribunal de formação imperial, de forma que naturalmente alguns viam na composição do Júri a possibilidade de influência de grupos sociais que haviam sido sustentáculo da monarquia. Decidiu-se, então, manter o Júri, em vez de estingui-lo e, daí para a frente, os textos aludiram à manutenção do Júri como se realizassem uma grande deferência para esse importante Tribunal, que é uma grande garantia de participação pública direta na realização da Justiça, instrumento que, bem aperfeiçoado, com a supressão do burocratismo nocivo, típico do Júri brasileiro, é um importante instrumento de realização da Justiça, algumas vezes, mesmo melhor do que o Juiz singular, como, no Brasil, não podemos esquecer, visto que o grande erro judiciário de nossa história, o caso dos irmãos Naves (não o caso Mota Coqueiro, muito discutível, a despeito do brilho de clássico libelo de José do Patrocínio), foi erro dos Juízes de carreira, do Tribunal de Minas, e não do Tribunal do Júri de Araguari que duas vezes absolveu aqueles pobres acusados.

15. A digressão poderia se estender às demais Constituições, a de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969. Contêm 18 garantias fundamentais e com uma ameaça para o abuso dos direitos e garantias individuais no art. 151 seguindo o modelo da Carta de 1937. A redação, no texto da EC 1/69, é a seguinte: art. 154, § 36: "A especificação dos direitos e garantias, expressos nessa Constituição, não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota". Que regime e que princípios eram adotados pela Constituição de 69? Quer dizer, era uma regra que ficou lançada para utilização que dela se viesse a fazer uso e de que não se fez, felizmente, intenso uso, ao menos de que tenha notícia, mas que poderia ter sido utilizada tanto no sentido da plena garantia das liberdades individuais, como para o cerceamento delas.

## *3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO PENAL*

16. Na Constituição atual temos direitos que vão compor o espectro de garantias penais, e temos os direitos que compõem o sistema de garantias processuais penais. Em livro clássico, os Profs. Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior (*Direito Penal na Constituição*, S. Paulo, RT, 1990), analisam os aspectos de Direito Penal da Constituição vigente, examinando-lhe os princípios. A sede dos princípios de garantia penal e processual penal está no art. 5.º da

CF, o que não impediu a fixação, também, de garantias em outros dispositivos, como veremos. Vamos ver primeiramente alguns dos princípios destacados no art. 5.º.

O princípio da legalidade, Inciso XXXIX, contém-se em aforismo que vem do Iluminismo, adquirindo foros internacionais na célebre formulação de Feuerbach: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Grande ponto de amarração de todo sistema penal, que já evita o surgimento de várias espécies de leis incompatíveis com a moderna concepção do Estado de Direito.

17. Irretroatividade da lei penal, N. XL: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

18. Princípio da responsabilidade pessoal. n. XLV: "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido". É o princípio da personalidade da responsabilidade penal. "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado". A punição, ainda que indireta, de familiares do agente do delito deve, a todo custo, ser evitada. Beccaria, a propósito, assinalou: "Não há espetáculo mais hediondo que o de uma família inteira coberta de infâmia, mergulhada nos horrores da miséria pelo crime do seu chefe" (*Dos Delitos e Das Penas*, Ed. Ediouro, p. 75).

19. Individualização da pena. Inciso XLVI: "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

"Adotará, entre outras as seguintes... "Aqui está um preceito da Constituição em aberto. A lei pode estabelecer outras penas, além das enumeradas. Que outras? naturalmente há uma restrição relativamente às penas de morte, prisão perpétua, penas cruéis etc. (art. 5.º, XLVII). Mas, se a imaginação criar algum outro tipo de pena aqui estará o permissivo. O recente Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) por exemplo, faculta a imposição cumulativa ou alternativa de "interdição temporária de direitos" e de "publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência", às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos da condenação (art. 78, I e II). E, ainda a título de exemplo, poderá, além da prestação de serviços, ser instituída a prestação econômica a entidades de benemerência — como se vê, com tanto sucesso, em determinados casos, no Direito Alemão, em que a entrega de importâncias em dinheiro a entidades beneficentes, mediante o arquivamento de processo atinente a fato de menor relevância, substitui a destinação de multas ao Estado, com a imensa vantagem de o dinheiro ser palpável e visivelmente útil, com maior probabilidade de ser prestado mediante menor resistência e complicação burocrática, ao contrário do que ocorre no pagamento de multas ao Estado.

20. O princípio da presunção de inocência, que tem ensejado tanta discussão ao Judiciário, consta do n. LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Aqui houve discussão nos Tribunais, sustentando-se, em julgamentos muito bem lançados, que a prisão, decorrente da sentença condenatória recorrível, prevista no art. 393, I, do CPP, seria inconstitucional diante do princípio da presunção de inocência".

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, dirimiu a questão em sentido contrário, proclamando em sucessivos julgados e, depois, na Súmula 9, que "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional de presunção de inocência".

21. Algumas outras regras constitucionais, que compõem o espectro de garantia do direito penal, não estão no art. 5.º, mas são importantes.

Por exemplo: A disposição que estabelece a imputabilidade penal, que vamos ver aqui no texto constitucional — após a observação de que em nossa Constituição nem sempre é fácil achar os textos específicos, havendo, até, anotação de José Afonso da Silva, com a grande autoridade de jurista e de assessor na Assembléia Constituinte, de que "a Constituição ostenta "incisomania", a par do abandono do sentido da sistematização em categorias, o que leva aos 77 incisos, misturando direitos e garantias" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, S. Paulo, RT, 1990, nota, pp. 166-167 e *passim*). A Constituição, aliás, vai abrindo incisos e parágrafos aos artigos, em expediente que disfarça um pouco a

admirável extensão do texto constitucional, no qual, apesar dos 239 artigos e 70 artigos de Disposições Transitórias, cheguei a contar, à época da promulgação, mais de 1.500 textos de efetivo comando diversificados, o que significa, em verdade, que a Constituição possui, de fato, mais de 1500 artigos, um grande volume de leitura.

A imputabilidade penal está no art. 228: "São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial". Inimputabilidade, portanto, 18 anos. Se se pretender alterar a imputabilidade penal no Brasil será problema constitucional. A imputabilidade penal na Constituição é novidade, tendo Luiz Vicente Cernicchiaro anotado que "as Constituições Brasileiras nunca dispuseram a respeito" (ob. cit., p. 155). E o tratamento da matéria pela legislação brasileira a variou muito.

A síntese é, ainda, de Luiz Vicente Cernicchiaro: "Código Criminal do Império: também não se julgarão criminosos: os menores de 14 anos (art. 10, § 1.º). Código Penal de 1890: Não são criminosos: os menores de 9 anos completos; os maiores de nove e menores de quatorze que obrarem sem discernimento (art. 27, §§ 1.º e 2.º). Esse dispositivo prevaleceu até a promulgação do Código de Menores (Dec. 17.943-A, de 12.10.27), cujo art. 68 fixou a imputabilidade a partir dos quatorze anos. Consolidação das Leis Penais: Não são criminosos: os menores de 14 anos (art. 27, § 1.º). Código Penal de 1940 (parte geral — Dec.-lei 2.848, de 7.12.40): Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (art. 23)" (ob. cit., p. 155)

Agora a Constituição fixa a imputabilidade penal nos 18 anos completos.

22. Outra regra importante no campo penal, diz respeito a responsabilidade na atividade política. Art. 53: "os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos". Quanto aos Vereadores, regra semelhante está no art. 29, VI. A inviolabilidade, realmente, inclui relativamente à persecução penal porque estabelece a vedação ao alcance do direito penal, ao Deputado, Senador e Vereador, por opiniões, palavras e votos.

23. A Constituição acrescentou algumas tutelas penais específicas e isso é novidade. Vamos ver: Em primeiro lugar, proibiu penas, algumas penas, como consta do art. 5.º, XLVII: "Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis".

24. No que diz respeito à execução da pena, além da regra de garantia do "respeito à integridade física e moral do preso" (XLIX), merecem referência duas disposições, as dos incisos XLVIII e XLIX. O primeiro assegura que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado", o que parece um avanço, mas, de certa forma, está na contra-mão da modernidade penitenciária.

A experiência internacional mostra estabelecimentos penais em que se colocam, exatamente para cumprir penas, pessoas de sexos opostos, visando à preservação da convivência entre seres humanos como ocorre na sociedade, com separação, contudo, de noite e de modo a impedir a promiscuidade sexual. Os Estados Unidos, por exemplo, mantêm, em Sacramento, Califórnia, uma Prisão Federal modelo, com cerca de 300 presos, homens e mulheres, alguns dos quais com penas muito elevadas, em convivência durante o trabalho nas oficinas do presídio e no lazer — piscina, tênis, cantina, culto religioso, aulas, prisão famosa, em que ficou a prisioneira milionária Patricia Hearst e em que se registrou o fabuloso caso de fuga por helicóptero, motivador de filme análogo, que, por sua vez, inspirou uma das fugas do nosso célebre "Escadinha" no Rio de Janeiro.

A convivência deve ser tentada, para as melhores condições de ressocialização e de tratamento humano dos presos. No nosso caso, o texto constitucional garante ao contrário, isto é, pretendendo fazer o bem, impede o desenvolvimento de sistema que seria melhor para os presos.

Por outro lado, o texto omite importante pormenor, que é a obrigatoriedade de separação entre presos condenados e presos provisórios, os quais, estes sim, mereceriam separação em termos mesmo de dispositivo constitucional. A separação consta da Lei de Execução Penal, que estabelece que "o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado" (art. 84, *caput*, da Lei 7.210, de 11.7.84). A separação

não precisa ser em estabelecimentos penais diferentes, mas tem de realizar-se em edifícios diferentes. Em Freiburg-im-Breisgau, na Alemanha, pode-se ver o exemplo da realização do direito à separação: em um mesmo grande terreno, de um lado, os presos já condenados, em edifício antigo, do século passado, uma penitenciária do tipo "Panopticon", clássica concepção de Benthan (prédio que ninguém na Alemanha pensa em destruir por ser velho e ultrapassado, mas que vem sendo reformado, especialmente no interior, para a modernização necessária), e de outro lado os presos provisórios, em prédio novo, com instalações peculiares, diferente regramento de visitas, permissão de uso de roupas próprias e vinda de alimentação de casa ou por encomenda do preso. É bom ver o exemplo da poupança de dinheiro público pelos países ricos, para desincentivar aventuras de gastos desnecessários que se pensem sob a invocação do penitenciarismo moderno!

A título de curiosidade, há, no penitenciarismo internacional, o importante direito a férias anuais para os presos, em moldes análogos aos da legislação laborativa: "O preso pode gozar férias de até fora da prisão" (§ 13, 1, da "Strafvollzugsgesetz"), sendo que também "o preso condenado a prisão perpétua pode receber esse direito" (§ 13, 3, StVollzG), explicando-se esse direito, no contexto dos objetivos da execução da pena, porque "para se alcançar o objetivo da execução da pena, a vida na prisão deve ser o mais assemelhada possível às relações gerais de vida" (Günther Kaiser, "Strafvollzugsgesetz — Einführung", Beck-Texte im dtv, 8. Auflage, p. 14) e é bem sabida a importância das férias anuais na sociedade alemã.

25. "As presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". Boa disposição, que, na verdade, não é tão nova, visto que a história registra, de fato, a praticização da regra — devendo-se ver que as prisões, na história, muitas vezes se apresentaram como centros de convivência, onde moravam presos não raro com os familiares... Dostoiévski, na "Recordação da Casa dos Mortos", narrando a vida em presídio em que viveu, conta, aliás, a respeito das crianças criadas na prisão, iniciando a vida, naturalmente, em função da prisão de genitores, entre os quais a mãe lactente!

## *4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROCESSO PENAL*

26. O processo penal, obrigatoriamente jurisdicional, como irrespondivelmente firmado pela doutrina (cf. Rogério Lauria Tucci, *A Reforma do Processo Penal*, Forense, p. 386), tinha de ser contemplado na Constituição Federal. Duas regras são importantes no tocante ao processo penal de modo que, mesmo ante o alongado em que já vai a exposição, não podem ser omitidas.

Primeiramente o n. LIV, a relevantíssima cláusula do devido processo legal, cuja execução integra o elenco de fatos pelos quais se exterioriza o grau de civilização de um povo: "Ninguém será privado da liberdade, ou dos seus bens sem o devido processo legal".

A cláusula do devido processo legal tem o antecedente moderno na Emenda n. 5 à Constituição Americana, elaborada por Madison, e remonta à "Magna Carta", à "Lei das Liberdades do Povo de Maryland" e à "Declaração de Direitos de Virgínia" (cf. Bernard Schwarz, *Os Grandes Direitos da Humanidade*, trad. A. B. Pinheiro de Lemos, Rio, Forense-Universitária, 1977, p. 190). O procedimento integra o rol das garantias. Com o procedimento inadequado não se pode liberar a persecução penal, pena de infringir a Constituição.

Ao Judiciário compete tornar efetiva essa garantia, que enseja tantos pormenores, de que, infelizmente, não é possível, aqui, tratar.

27. O n. LV pormenoriza alguns pontos da idéia geral de garantia do devido processo legal: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A disposição é grave. Se não se preservar o contraditório e se não se permitir ampla defesa, entendida como ampla defesa aquela estabelecida pela lei, inclusive pelas disposições do Código de Processo Penal, o processo penal será inválido e se seguirá a impossibilidade de aplicação da sanção penal. Com propriedade, diz Ada Pellegrini Grinover que "vãs seriam as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas

razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa deve ser legalmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, em cuja ausência não pode caracterizar-se o "devido processo legal, inserido em toda constituição realmente moderna" (*Liberdades Públicas e Processo Penal*, S. Paulo, RT, 1982, p. 18).

28. O n. LVI proíbe as provas ilícitas, dispondo que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". A idéia visualiza-se na conhecida alegoria norte-americana da "árvore dos frutos envenenados": se a prova foi obtida por meios ilícitos, como a tortura, a gravação ilegal, a simulação de crime, o processo não será suporte válido para a condenação, porque o processo envenenado, vicioso, produzirá decisão também envenenada, nociva para a higidez do Estado de Direito.

O tema lida com o processo penal, mas a fonte é constitucional. Na já citada obra sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover, nesse sentido, assinala que "também para o futuro próximo, a chave do problema atinente à inadmissibilidade das provas obtidas ilegalmente continuará, provavelmente, a residir na Constituição" (ob. cit., p. 176).

No Direito Americano, o assunto levou à histórica decisão da Suprema Corte, em 1961, segundo a qual as provas colhidas ilegalmente pela Polícia não podiam ser usadas contra o acusado no Tribunal ("Mapp *versus* Ohio", v. Harold C. Syrett, "Documentos Históricos dos Estados Unidos", Ed. Cultrix, p. 336).

29. Já se falou do n. LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (v. n. 28 supra).

30. Com o inciso LVIII, coarctou-se a forma de humilhação processual penal consistente na identificação criminal desnecessária, ato conhecido, na giria policial, por "tocar piano". Diz o n. LVIII: "O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

O oferecimento da Cédula de Identidade, com todos os dados relevantes da pessoa, inclusive as impressões digitais, será suficiente à identificação. Nada mais, de modo que a identificação datiloscópica e complementar apenas será lícita no caso de dúvida a respeito da comprovação da identidade realizada por intermédio do documento de identificação civil. O texto do n. LVIII torna prejudicada a Súmula 568, do c. Supremo Tribunal Federal, que, em sentido que nunca contou com a pacificidade do meio jurídico nacional, dispunha: "A identificação Criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente". É inevitável pensar na quantidade de graves constrangimentos impostos a acusados, algumas vezes, quiçá, posteriormente proclamados inocentes, que se cometeram à ausência de norma como a do n. LVIII da atual CF.

Note-se, contudo, que há distinção entre identificação e indiciamento. Este é possível, mesmo ao portador de identificação civil, não aquele.

31. Importante: "Será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal".

Aqui está um contrapeso para a gama de poderes do Ministério Público, os quais levam em certos casos, à frustração da atividade jurisdicional, pois, como é sabido, não há como provocar a ação penal pública, caso o Ministério Público resolva não oferecer a denúncia — o que leva à grave conseqüência de impedir a vítima ou o ofendido de ver o caso apreciado pelo Poder Judiciário. Maior será a gravidade da omissão de submissão do caso ao Poder Judiciário, se se lembrar que a ação penal referente a ofensas a ocupantes de cargos públicos, inclusive o Presidente da República, caracterizar-se-á como ação penal pública (arts. 145, parágrafo único, e 141, I e II, do CP, bem como art. 40, I, *a* e *b*, da Lei de Imprensa, Lei 5.250, de 9.2.67). No caso de envolvimento político-partidário do Ministério Público, como é possível haver, ante a possibilidade de ascensão do Promotor de Justiça a cargos eletivos, a frustração da atividade jurisdicional assumirá a maior gravidade no tocante aos freios e contrafreios institucionais exigidos para o equilíbrio dos poderes. Felizmente não se tem notícia da distorção, que seria muito grave, mas em tese existe, pelo sistema legal, a possibilidade de um dia, na vastidão das peculiaridades do território nacional, vir a surgir.

32. Prisão do flagrante delito. n. LXII: "A prisão de qualquer pessoa e local onde se

encontre o preso serão comunicados imediatamente ao Juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada". É direito assegurado há tempos pela legislação estrangeira, lembrando-se o "Benachrichtigungspflicht" (dever de informação), "Benachrichtigungs von Angehörigen" (Informação de Parente) do CPP Alemão (§ 114, *b*, "Strafprozessordnung"). Causou, no Brasil, no momento em que se iniciou a vigência da Constituição, uma certa perplexidade, mas é boa norma no sentido da preservação dos direitos individuais e de segurança da atividade policial.

33. N. LXIII: o preso será informado dos seus direitos, "entre os quais o de permanecer calado sendo-lhe assegurada a assistência da família e advogado".

Uma longa evolução do constitucionalismo penal mundial que ostenta, talvez, o momento mais importante na Suprema Corte Americana quando julgou o caso conhecido como "Miranda" ("Miranda *versus* Arizona", 1966, v. Lawrence Baum, "A Suprema Corte Americana", Forense Universitária, 1987, p. 308), leva, modernamente, à obrigatoriedade de assegurar a transmissão ao preso, no momento da prisão, de avisos como os que se vêem nos filmes americanos — o agente da autoridade tem de dar ao preso informações de seus direitos. Os "Miranda Warnings", uma grande criação do grupo de Juízes que integrou a "Corte Warren", nos anos 60, é agasalhada pela nossa Constituição Federal, que, assim, se coloca a par do que há de mais avançado no mundo no tocante a direitos individuais.

34. "O preso tem direito a identificação pelos responsáveis pela sua prisão ou por seu interrogatório policial". Causou grande celeuma mas consta de grandes Constituições anteriores brasileiras, não com essa redação, mas consta (Constituição 1824, art. 179, § 8.º; Constituição 1891, art. 72, § 16; Constituição 1946, art. 141, § 25). Não havia alusão expressa a captores ou a autores de interrogatório policial, mas a alusão a acusadores e a necessidade administrativa de referência aos nomes dos funcionários atuantes no caso já levavam, naturalmente, à mesma conseqüência — embora, na prática, muitas vezes se omitissem os dados. É, atualmente, bem clara a obrigatoriedade de constarem todos os responsáveis pela prisão.

35. Relaxamento de prisão. No caso liberdade provisória, com ou sem fiança é direito do acusado (n. LXVI). E, finalmente, não pode ser tolerada a prisão ilegal (n. LXV), o que, na verdade, é uma vergonha que tenha de constar da Constituição Federal, vindo, a seguir, a grande garantia contra a arbitrariedade da prisão ilegal e de ofensa a qualquer direito que leve à restrição da liberdade de ir e vir, entendida na maior amplitude, o *habeas corpus*: "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (n. LXVIII).

## 5. *CONCLUSÃO*

36. O que conclui dessa enumeração constitucional?

É um elenco de proposições generosas, que honra os bons propósitos da intelectualidade jurídica nacional e do povo que elegeu seus representantes à Constituinte. Faltam disposições que façam, na prática, muitas regras, auto-aplicáveis, algo como o art. 1.º, 3, da Lei Fundamental da República Federal Alemã: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht" ("Os direitos fundamentais a seguir enumerados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judiciário"). Não há, entretanto, grandes novidades na Constituição no aspecto de Direito Penal e Processual Penal.

Que mudou no Brasil com as garantias penais e processuais penais depois da vigência da Constituição Federal de 1988? Parece que não foi muito. Grande parte dos nossos problemas está na evasão das providências judiciárias, das providências jurídicas, evasão típica da outra Constituição, da constituição sociológica do nosso povo, no estágio sócio-cultural em que se encontra. Essa evasão se patenteia, nesse nosso campo, para citar apenas um exemplo, nas prisões para averiguações, nas prisões à margem da lei, que certa vez cheguei e estimar, aproximadamente, visto que delas não há, evidentemente, controle, em 1.000 na constância de 1.000 presos, no Estado de São Paulo (v. Sidnei Agostinho Beneti, "Prisão Provisória — Direitos Alemão e Brasileiro", *RT* 669/277, (nota 13).

Mas, sem dúvida, o impacto da Constituição, aliado à mudança política, à rotinização de eleições abertas, à liberação da atividade da imprensa, ao choque tônico das atividades partidárias ante a perspectiva real de rotatividade no Poder, tudo tende a apresentar progresso que venha a colocar o Brasil no rol dos países do maior grau de civilização nesse indicativo importante que é a garantia penal e processual penal.

Falta, naturalmente, muito, em particular no que diz respeito à situação de presos e à efetivação da sanção penal pela qual a população reclama. Mas isso não se obtém puramente com leis, nem que seja lei à altura da Constituição Federal.

37. Lembrei-me, quando estava coligindo notas a respeito de mudanças constitucionais ansiosamente messiânicas e salvadoras, de clássico escrito do grande Pedro Lessa, que deve ser relido sempre que se pensa em mexer na Constituição. Escreveu Pedro Lessa, no início do século: "Ameaça-nos uma nova crise de reformas constitucionais. Para os grandes males que sofremos nesse momento, e sobretudo para o maior de todos, que é inquestionavelmente a aflitiva, situação financeira, inúmeros terapeutas sociais só vêm e preconizam um remédio — a reforma da Constituição. Entretanto, aos olhos dos que se habituaram a estudar pela observação histórica e pela comparação dos fatos sociais, não há medicação mais falha, mais negativa", constituindo-se em "tão desacreditada panacéia" ("O Preconceito da Reforma Constitucional", em *Reforma Constitucional*, Brasileira Lux, p. 3).

Ante a previsão de reforma Constitucional em 1993, é bom recordar o alerta de Pedro Lessa. No tocante ao nosso tema, antes de nova reforma, que provavelmente apenas repisaria com outras palavras o essencial, após longa elaboração em que o descontrole do futuro presidirá os temores da vida nacional, seria melhor, antes, lutar pela aplicação prática dos direitos e garantias penais e processuais penais do grande elenco da Constituição de 1988, aprimorando-lhes a rotinização administrativa e social, sem lhes desfigurar o sistema, em meio ao perigo da mudança desastrada da Lei Maior.

Renovando a gratidão pelo convite, agradeço, agora, e muito, pela gentileza da atenção.

REVISTA DO STJ