

ou determinável, direito subjetivo, ou pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que a postula".⁷⁴

Vincula-se a esse posicionamento CALVOSA, quando demonstra que "*L'autonomia dell'azione cautelare, a mio credere, risulta più che evidente sia sul piano del diritto sostanziale cautelando, sia su quello dei rapporti tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale dei diritti. L'autonomia è dunque connaturale all'azione cautelare*".⁷⁵

O direito substancial de cautela pode ser aceito desde que se admita a sentença mandamental como ato jurisdicional, que contenha mais o *imperium* do que a *notio*, *iurisdictio*, isto é, um provimento jurisdicional que proteja a simples probabilidade do direito invocado, um direito apenas suposto como existente (*fumus boni iuris*), sem que o ato jurisdicional o declare (*eficácia de coisa julgada*) existente e, não obstante, o proteja.

A sentença de procedência na ação cautelar reconhece a existência de uma pretensão à segurança, decorrente da simples aparência do direito. Apenas não a declara especificamente existente, bastando-lhe a mera probabilidade de sua existência efetiva. Pode-se afirmar com segurança que a sentença na ação cautelar é *mandamental*, e que toda sentença mandamental que não for satisfativa será cautelar.

Com vista nessas três hipóteses de autonomia da tutela cautelar, a que me parece melhor é essa última, já que tenta demonstrar a autonomia através de sua verdadeira função, que é a de proteger um direito cautelando, sempre que haja risco desse direito desaparecer ou diminuir de valor, dada a sua verossimilhança na postulação da medida; não a vinculando com nenhuma outra forma de prestação jurisdicional.

DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Des. José Costa Loures

I. INTRODUÇÃO

Em suas origens conhecidas e documentadas, as Constituições sempre representaram uma reação do povo, ou dos cidadãos, contra a presença opressora e constrictiva da autoridade, ou do rei. Assim aconteceu com a Magna Carta, imposta ao truculento e atrabilário João Sem Terra (John Lackland), em 1215. O famoso documento, redigido em latim, a língua universal do momento, continha explícitas disposições sobre o que podia ou não podia fazer o soberano e quais os direitos e deveres dos súditos, em face do monarca.

Com muita propriedade, diz PINTO FERREIRA que a "Magna Carta encerra uma época histórica e reabre uma outra, devendo ser entendidas como a crisálida ou o modelo imperfeito das constituições posteriores".¹

Retomando a imagem da crisálida, podemos observar que, ao longo do tempo, o envoltório ou casulo foi-se rompendo aos poucos, para exibir nos tempos mais próximos da modernidade e nos dias atuais a face inteira dos direitos e garantias individuais. Bastará a releitura das retumbantes e generosas disposições do *Bill of Rights*, do Parlamento Inglês, de 1689; da "Declaração de Direitos da Virgínia", de 1776; da "Declaração dos Direitos

74 In *Comentários...*, o. c., págs. 89 e 90.

75 In o. c., pág. 304.

1 FERREIRA, Manoel Pinto. *Princípios de Direito Constitucional Moderno*. José Konfino Editor, 1951.

do Homem e do Cidadão”, da Revolução Francesa, de 1789; das dez primeiras emendas à Constituição Americana, conhecidas como *Bill of Rights*, de 1791; e, finalmente, da “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, das Nações Unidas, em 1948.

Nos dias da nossa era, a partir da segunda metade do século, as modernas Constituições contemplam a solene e formal declaração dos direitos e garantias individuais desde a parte inicial dos textos. É o que acontece com a Constituição Italiana, de 1947, a qual, logo em seguida a doze disposições genéricas sobre a natureza e as funções do Estado (*Principii Fondamentali*), se abre com sua Parte I sob o título *Diritti e Doveri Dei Cittadini*, subdividida em quatro títulos: Relações Cíveis, Relações Ético-sociais, Relações Econômicas e Relações Políticas (arts. 13/54). Em igual sentido, a Carta Política de 1949, da República Federal da Alemanha, abre-se com o primeiro título, sob a denominação de “Direitos Fundamentais”, desenvolvendo-o em trinta e sete artigos.

A nossa Carta Fundamental, de 5 de outubro de 1988, não fugiu à tendência moderna, distanciou-se das anteriores e logo em seguida aos quatro primeiros artigos genéricos sobre a natureza, a organização e os fins da República, estabelece no seu Título II o tópico “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, iniciando-o com o Capítulo I, sob a rubrica “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, dentro da mesma inspiração e dos mesmos princípios dos textos históricos antes enumerados.

II. NORMAS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO

1. *Da inviolabilidade do domicílio e da correspondência*

É da tradição do nosso direito a consagração legislativa do princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a sua ruptura definida como crime (Código Penal, arts. 150 e 151). E é dentro de tal tradição que todas as Cartas Políticas, desde a do Império (1824), definiram a casa como asilo inexpugnável e a correspondência, como inviolável. Todavia, o texto atual inova em dois pontos essenciais: a) quanto ao que a lei penal define como “casa”, permitir-se-á ali o ingresso fora dos casos clássicos de “flagrante delito, desastre e prestação de socorro”, somente “por determinação judicial” e apenas “durante o dia” (art. 5º, XI); e b) no que toca ao item “correspondência”, acrescentou-se o tópico atualíssimo das “comunicações” (te-

legrafia, bancos de dados e telefonia), ressaltando-se quanto às comunicações telefônicas a quebra da rigidez do princípio da inviolabilidade, atribuindo-se à autoridade judiciária o poder de autorizar a denominada escuta telefônica, ou o grampeamento da crônica policial, mas tão-somente para “fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII) e à condição de lei regulamentar. E esta veio sob o nº 9.726, de 24/7/96, já estando em vigor.

Corolário da autorização (*licitude*, sancionada pela Lei Maior), cuidou a lei citada de tipificar como crime a violação das comunicações “sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (art. 10)”. O que nos leva, de pronto, ao princípio correlato da inadmissão, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Muito embora o Código de Processo Penal tenha sido bastante flexível na regulamentação do tema (art. 155), mas, atendo-se ao princípio da legalidade da prova, o Código de Processo Civil de 73 também se ateu a tal princípio, já acrescentando os meios de prova “moralmente legítimos” (art. 332). Conjugando-se os sistemas das leis instrumentais, o que se há de entender por meios ilícitos, ao teor do texto constitucional, serão não apenas aqueles que a moral condena, como também os que, segundo a lei civil, são atos que padeçam dos defeitos ali enumerados: erro, ignorância, coação, simulação, fraude (Cód. Civil, arts. 86 e seguintes).

2. *Do Tribunal do Júri*

Reitera-se a manutenção da instituição do Júri Popular, com as características que lhe emprestou a Carta de 1946, obrigatoriamente assegurados: o sigilo das votações, a plenitude da defesa, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII).

3. *Princípio da legalidade*

É regra de direito universal o da reserva legal, ainda nas relações interpessoais – *tempus regit actum*. Corolário da regra o da irretroatividade das leis, que se destinam a regular o futuro, não o que passou. Ou seja, a irretroatividade está ínsita no princípio da reserva legal.

Evidente o conteúdo político do princípio, como anotado por GONZALEZ RODRIGUEZ MOURULLO: “A origem e o predominante sentido da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que,

através da certeza jurídica própria do Estado de Direito, se cuidou de obter a segurança política do cidadão. Esta clara significação política do princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* explica que se o conceba não apenas como um aforismo de exclusivo sentido jurídico-penal, mas também como um postulado de nível constitucional. E mais, em razão de experiências totalitárias, não faltam vozes autorizadas que, com o fim de colocar o princípio a resguardo de eventuais modificações legislativas, que tendam a suprimi-lo ou cerceá-lo, reservam-lhe um nível ainda mais elevado, concebendo-o como uma exigência que está além e é anterior ao Direito Positivo”.²

Sensível a tais idéias, o legislador constituinte brasileiro erigiu o princípio em normas explícitas: as Cartas Imperial de 1824 e Republicana de 1891, sem tornar expressa a irretroatividade das leis penais (arts. 179, § 3º e 11, § 3º); as Constituições de 1934 (art. 113, § 27); de 1937 (art. 122, § 13); de 1946 (art. 141, § 29); e de 1967 (art. 153, § 16) contemplaram dispositivo específico sobre a irretroatividade da lei penal, salvo quando a benefício do réu. E, dando seqüência à tradição, a Carta em vigor manteve o princípio genérico da legalidade, excepcionando a retroatividade benéfica ao réu (art. 5º, XXXIX e XL).

De resto, já um princípio mais abrangente se vira contemplado no inciso XXXVI: o da proteção ampla do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, dentro da vetusta regra: *tempus regit actum*.

4. Da discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais

Após a longa contenção e repressão impostas pelo autoritarismo das ditaduras militares, natural a expectativa de manifestações explícitas de cuidados para que os desmandos e as arbitrariedades do nefasto período não se repetissem. O constituinte de 88 se fez o receptáculo de tais anseios, resultando no maior número de disposições abrigadas no Título II e em particular os seus Capítulos I e II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – Dos Direitos Sociais). Não sem razão o maestro condutor dos trabalhos constituintes, o Deputado Ulysses Guimarães, cunhou para a Carta o apelido de “Constituição Cidadã”.

2 MOURULLO, Gonzalez Rodriguez. “Princípio da Legalidade”, in *Nueva Enciclopedia Juridica*, v. XIV/886, apud Alberto Silva Franco, in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, 3ª ed., 1990, p. 19.

Sem embargo de já haver a própria ditadura editado a Lei nº 4.898 (09/12/65), que “regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade”, tipificando como crime os mais variados atos que atentem contra aqueles “direitos e garantias fundamentais”, o texto constitucional enfatiza e programa a necessidade de se punir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI).

5. Dos crimes imprescritíveis

Aqui, na área social, repete-se o fenômeno que na área da física se conhece como o princípio da ação e da reação: depois do dilargado período da compressão e da repressão ditatoriais, explodem com força irreprimível as manifestações de rebeldia e de inconformismo contra tudo o que se sufocou ou se coarctou anteriormente. E surgem as demasias e os exageros contrários.

Se se consideram as figuras penais de maior gravidade no nosso sistema legal, o homicídio qualificado e o latrocínio, em que as penas podem variar de 12 a 30 anos, ou de 20 a 30 anos, sabe a exagero ou demasia o ter por imprescritível a figura penal do racismo, que a lei pune com o máximo de 5 anos (Lei nº 7.716, de 5/01/89). Ao que se sabe, só nos chamados crimes do nazismo, ou no genocídio do holocausto dos judeus se cuidou de torná-los imprescritíveis, o que facilmente se compreende e se há de ter por exceção, tamanha a enormidade, a repercussão de tais atos, bem como a repulsa e a indignação coletiva por eles causadas.

Do mesmo modo se há de ter como excesso de rigor a imprescritibilidade atribuída aos atos motivados por inspiração política, que outra coisa não representam “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático” (art. 5º, XLII e XLIV).

6. Dos crimes inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou indulto

Acudindo aos reclamos da sociedade ou aos clamores da opinião pública, o legislador constitucional avançou em rigor contra a tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os atos definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII).

Duas das espécies enumeradas no texto constitucional já se encontram devidamente explicitadas na legislação ordinária: o tráfico de entorpecentes, com a Lei nº 6.368/76; e os crimes hediondos como definidos na Lei nº

8.072/90. Resta que o legislador comum contemple as duas outras figuras, a tortura e o terrorismo, pois nos parece que sem a especificação da lei ordinária não se há como aplicar a disposição da Lei Maior.

7. *Do princípio da responsabilidade pessoal*

Conquista dos tempos modernos, o princípio da responsabilidade pessoal se projetou através do Iluminismo, como reação à vingança privada (*vendetta*). Relembre-se o episódio da Inconfidência Mineira, em que a punição ao protomártir se estendeu aos seus herdeiros e sucessores.

Diferentemente da esfera do direito civil, onde basta a relação de causa e efeito para responsabilizar o causador do dano, independentemente da vontade, no campo do direito penal, predomina o elemento volição (dolo ou culpa), por isso que o tipo penal necessariamente descreve uma conduta (e.g. “matar alguém” – art. 121, CP), ou um agir; logo vontade. Ou seja, não há pena sem culpabilidade. Fiel a tais princípios, o constituinte houve por bem ratificar a nossa tradição, estatuinto que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Todavia, ao lado da garantia penal, inseriu a garantia civil (Código Civil, art. 159), adiantando que “a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento dos bens”... poderia “... ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5º, XLV).

8. *Da individualização da pena*

Em seu artigo 59, indicando ao juiz as regras para a fixação das penas, o Código Penal já afirmava o princípio da individualização da pena. O princípio se inscreveu na Carta de 46 (art. 141, § 29) e se ratificou na de 88 (art. 5º, XLVI).

Posto especifique cinco modelos de penas (privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos), o texto constitucional remete ao legislador ordinário o encargo de elaborar o rol delas, do que se encarrega o Código Penal (arts. 32/52).

Depois de haver estatuído a “dignidade da pessoa humana” como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), o constituinte excluiu do rol a que remeteu o legislador ordinário as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis (5º, XLVII). A partir dessa disposição, seguem-se os incisos XLVIII, XLIX e L, todos eles a mostrar as limitações ou

os balizamentos a que deverá se sujeitar o legislador ordinário, dentro dos princípios fundamentais do respeito aos direitos humanos, da legalidade e da responsabilidade pessoal (pessoalidade das penas).

9. *Da não-extradição dos nacionais ou de estrangeiros*

Mantida ficou a tradição advinda desde a Carta de 34 (Constituição de 1934, art. 113, § 31; de 37, art. 122, § 12; de 46, art. 141, § 33), continuando proibida a extradição dos cidadãos brasileiros. Todavia, a norma atual (art. 5º, LI) ressalva a hipótese do cidadão naturalizado e que, antes da naturalização, tenha-se envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Por derradeiro e por fidelidade ao princípio universal do direito de asilo, proibiu-se igualmente a extradição de estrangeiros, quando o pedido se fundar na comissão de crimes políticos ou de opinião (art. 5º, LII).

10. *Do juiz natural*

Tendo antes proscrito os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), o constituinte estabeleceu mais adiante que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII). Os dois dispositivos representam, em substância, o que a doutrina denomina de “princípio do juiz natural”; ou seja, a cada vez que se provoca a atividade ou função jurisdicional, o Estado coloca um juiz à disposição do interessado na pretensão ou prestação, segundo critérios de escolha previamente determinados pelas leis de organização judiciária.

11. *Do devido processo legal*

Três dos mais importantes bens ou direitos do homem – a vida, a liberdade e a propriedade – foram expressa e declaradamente reconhecidos em solenes documentos, a partir da *Magna Charta Libertatum* (parágrafo 48), passando pela Grande Carta de Henrique III, de 1225; (“nenhum homem livre será detido ou preso, nem despojado de seu livre domínio, de suas liberdades ou livres costumes, nem posto fora da lei (*utlegetur*), nem exilado, nem molestado, de maneira alguma, e nós não poremos nem mandaremos pôr a mão nele, a não ser em virtude de um julgamento legal, por seus pares, e segundo a lei do país.”); pela Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão (1789: “*Nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito*”); ou pela Emenda V à Constituição dos Estados Unidos da América (“... *ninguém pode ser privado da vida, da liberdade ou de seus haveres, sem o devido processo legal*” – “... *nenhuma propriedade particular poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização*”).

Fiel a tais princípios, de caráter universal, o legislador constituinte brasileiro invariavelmente tem consagrado as mesmas regras, desde a Constituição Imperial, de 1824, sem excepcionar as Cartas autoritárias de 37 e 67. O texto atual é sintético, mas do mesmo modo expressivo: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (art. 5º, LIV), a parte final vertendo ao pé da letra a locução inglesa *due process of law*.

12. Da presunção de inocência

Diferentemente do que ocorria nas Cartas anteriores, ao legislador de 1988, pareceu necessário tornar expressa a norma de que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (art. 5º, LVII).

Luiz Vicente Cernichiaro, ao anotar a omissão dos textos anteriores, sustenta que a inovação seria meramente formal, por isso que as Cartas Políticas revogadas implicitamente continham subsídios para a afirmação do princípio agora tornado explícito e que tal conclusão decorreria de outros dois princípios de Direito Processual Penal, sejam os do contraditório e da ampla defesa.³ E, no dizer do mesmo autor, a presunção da inocência teria o significado de que, “até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado”.⁴

Interessante notar que, tão logo se enfronharam no exame do texto inovador, advogados criminalistas insistiam em pretender que o princípio tornava inadmissíveis as prisões dos acusados antes do trânsito em julgado das sentenças condenatórias, particularmente invocados os artigos 594 do Código de Processo Penal e 35 da Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76).

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais a tese foi sistematicamente repelida. Assim o fez a sua Primeira Câmara Criminal, em sucessivos e reite-

3 CERNICHIAIRO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. Ed. RT, 1990, p. 88.

4 Ob. e loc. cit.

rados pronunciamentos, como no HC nº 34.559, da Comarca de Ubá, quando, como Relator, tivemos oportunidade de deixar afirmado:

“*Habeas corpus* requerido pelo Dr. Marcos Araújo Barros, advogado radicado na Comarca de Ubá, sendo paciente Waldir Soares, já condenado naquele Juízo como incurso no art. 12 da Lei de Tóxicos. Alega-se que tem ele direito de apelar em liberdade, eis que primário e de bons antecedentes, além de ter fixada sua residência na cidade; invoca-se em prol da pretensão liberatória o fato de não ter a sentença transitado em julgado, trazida à colação a norma constitucional que afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, LVII).” “... sem razão o douto advogado impetrante, quando invoca em prol do paciente a norma do art. 5º, LVII, da Carta Política da Nação Brasileira, que não tem, não pode ter o alcance ou o conteúdo por ele pretendido. A adotar-se tão estreito entendimento, derogadas haveriam de estar todas as disposições do CPP que impõem ou autorizam a prisão em flagrante, e a prisão preventiva ou provisória, o que se reputa rematado absurdo. O que se pode extrair da norma constitucional é que os efeitos processuais da sentença não se produzem senão depois de seu trânsito em julgado; assim, por não se tê-la por definitiva, impossível seja o nome do acusado lançado no rol dos culpados, como previsto em duas disposições do CPP (arts. 408, § 1º, e 393, II); ou que se tenha o condenado por reincidente, para o efeito de agravação da pena (CP, 61, I); ou que seja empecilho para a concessão do benefício da suspensão condicional da pena.” “... No caso concreto do crime a que ressuspenda o paciente (art. 12 da Lei nº 6.368/76), a própria Constituição Federal recomendou ao legislador ordinário que considerasse inafiançável o tráfico de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, XLIII). E a lei ordinária já o fez, estabelecendo serem tais crimes insusceptíveis de fiança e liberdade provisória (Lei nº 8.072, de 25/7/90, art. 2º, II), o que mostra, a toda evidência, que mantidos estão todos os dispositivos da lei instrumental penal que cuidam da prisão em flagrante, da prisão preventiva e da liberdade provisória, tudo a girar em torno da possibilidade de haver ou não fiança.” (Ac. da Primeira Câmara Criminal, de 4/12/90, in DJMG de 5/12/90.)

Na mesma esteira de pensamento decidiu a douta Segunda Câmara no mesmo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a seguinte ementa: “Tratando-se de crime hediondo e havendo prisão em flagrante, não tem o acusado direito à liberdade provisória, a teor da Lei nº 8.072/90. Não se pode conceder o benefício ao argumento de que a referida lei deva ser interpretada sem afronta ao princípio constitucional de presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Tal dispositivo apenas declara ser o acusado inocente durante o desenvolvimento do processo, só se

modificando este estado por sentença final que o reconheça culpado; mas a referida norma não modificou os dispositivos legais que permitem a prisão provisória decorrente do flagrante, pronúncia, sentença condenatória recorrível, decreto de custódia preventiva, ou outros atos coercitivos”. (RSE nº 64.529/1 – Mantena – Rel. Des. José Artur – *in DJ* de 13/11/96.)

Também o egrégio Superior Tribunal de Justiça sanciona a tese sustentada no Tribunal de Minas, quando editou e mantém a Súmula nº 9, a dizer que “a exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

De resto, a própria Constituição faz desmoronar a tese rejeitada nos Tribunais, quando reitera os institutos da prisão em flagrante (art. 5º, LXI) e da prisão provisória (art. 5º, LXVI).

13. *Dos crimes contra a ordem constitucional e o Estado de Direito*

Depois de afirmarem que todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais se situavam a vida, a liberdade e a busca da felicidade, as treze colônias americanas que subscreveram a histórica Declaração da Independência (1776), assim procuraram justificar a sua rebeldia em face da Coroa Britânica: “*Que, a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. Na realidade a prudência recomenda que não se mudem os governos instituídos há muito tempo por motivos leves e passageiros; e, assim sendo, toda experiência tem mostrado que os homens estão mais dispostos a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a desagrar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas, quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assistem-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos Guardas para sua futura segurança*”.

O reverso da receita dos colonos insurretos, que denunciavam o fantasma do despotismo absoluto, recomenda que o Estado Democrático de Direito se proteja igualmente contra os totalitários de todos os matizes, que pretendam solapar os seus fundamentos. É o que se pode ver na disposição do art. 5º, XLIV, da Constituição vigente, com o dizer que “constitui crime

inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares (leia-se guerrilhas), contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. Como anota LUIZ VICENTE CERNICHIARO, a Lei Maior qualificou a conduta de tais grupos como crime, mas não o definiu, entendendo-se como recepcionada pela nova ordem, no que não for incompatível, a Lei nº 7.170/83, “que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social...”.⁵

14. *Infrações penais de menor poder ofensivo*

Talvez por inspiração da vitoriosa experiência da Lei nº 7.244/84 (Dispõe sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas), a sensibilidade do constituinte estabeleceu em comando: “A União, Causas), a sensibilidade do constituinte estabeleceu em comando: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e *infrações penais de menor potencial ofensivo*, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

O comando constitucional foi cumprido no âmbito federal com a Lei nº 9.099, de 26/9/95 (“Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências”). E no âmbito estadual com a Lei Complementar nº 40, de 24/11/95, e a Resolução nº 288/95, de 29/11/95, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Segundo está na Lei nº 9.099, *infrações penais de menor poder ofensivo* são as contravenções penais (Dec.-lei nº 3.688, de 3/10/41), assim como os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial (art. 61).

Como exemplos da exceção estabelecida ao final do artigo 61, podemos citar os crimes previstos no Dec.-lei nº 201/67 (responsabilidade dos prefeitos e vereadores – art. 2º) e na Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76, arts. 20 e seguintes).

15. *Da inviolabilidade e imunidade de parlamentares*

A Constituição de 88 manteve a tradição de suas congêneres anteriores, acolhendo princípio político de caráter universal, ao estatuir: “Os Depu-

⁵ Ob. cit., p. 178.

tados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos” (art. 53). Aí se acha inscrita a inviolabilidade dos parlamentares, o que significa que não incide a norma penal incriminadora a respeito dos investidos de mandatos legislativos, nos assim chamados delitos de opinião (injúria, difamação, calúnia). Vale dizer, embora presente o tipo penal, não há incidência da norma, em face daquelas pessoas.

Também visando resguardar o exercício do mandato parlamentar, o instituto da imunidade faz depender de autorização prévia do Corpo Parlamentar para o processo criminal contra qualquer de seus membros (“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa” – art. 53, § 1º). Com a nota de que “o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato” (art. 53, § 2º).

As regras sobre inviolabilidade e imunidade se estendem aos deputados estaduais (art. 27, § 2º); e quanto aos vereadores, apenas no que concerne à inviolabilidade, e enquanto “no exercício do mandato e na circunscrição do Município” (art. 29, VI).

Em face da restrição posta à inviolabilidade do vereador, de indagar-se se ela se estenderia aos deputados estaduais e aos congressistas. A resposta será negativa, ao sabor de conhecida regra de interpretação, segundo a qual as restrições de direito não admitem extensibilidade (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*) (*Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*) – Código de Direito Canônico – 1917 – L.I., T.I, cânon 19). Todavia, LUIZ VICENTE CERNICHIARO faz distinção, afirmando que a inviolabilidade é restrita ao exercício do mandato, não alcançando a atividade política, ainda que inerente ao cumprimento do mandato, pois a Constituição resguarda o exercício do mandato parlamentar e não o político que o detém.⁶

16. Do crime de usura

A questão da usura mereceu cuidados especiais do legislador constituinte de 34, 37 e 46, mas tão-só com a recomendação de que fosse ela punida, nos termos da lei. Na legislação infraconstitucional, tem-se o vetusto Decre-

6 Ob. cit., 184/185.

to nº 22.626/33, o qual definia como crime a prática da usura, ou seja, a cobrança de juros acima do dobro da taxa legal (12% ao ano, pela remissão ao art. 1.062 do Código Civil). A definição ali contida foi transposta para o art. 4º da Lei nº 1.521/51 (Crimes Contra a Economia Popular).

A Carta de 88 foi além, radicalizando e estatuinto: “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos em que a lei determinar” (art. 192, § 3º).

Como explicitada, e apesar da explicitação, não se entende a doutrina sobre a exata compreensão da locução “juros reais”.

LUIZ VICENTE CERNICHIARO sustenta ser a disposição auto-aplicável, estando, pois, em plena vigência: “O § 3º do artigo 192, portanto, como dizem os constitucionalistas americanos, é *self-executing*. Há o conceito preciso de “juros reais”. E, quanto ao delito de usura, no Brasil, há o tipo legal do crime. Projetada a conduta previamente definida, forma-se o ilícito penal”.⁷

No mesmo sentido, opina o douto JOSÉ AFONSO DA SILVA, que assim sintetiza o seu pensamento: “Juros reais os economistas e os financistas sabem que são aqueles que constituem valores efetivos e se constituem sobre toda a desvalorização da moeda. Revela ganho efetivo e não simples modo de corrigir desvalorização monetária”.⁸

Todavia, tal não é o parecer dominante na doutrina, esta corrente a sustentar que a cabeça do artigo torna expressa a exigência de lei complementar para a regulamentação do sistema financeiro nacional; do mesmo modo se entende que os “juros reais” também hão de ser definidos em lei complementar, restando para a lei ordinária apenas a definição do crime de usura, esta sim, a depender da definição complementar daqueles “juros reais”.

E, sobre a locução que Cernichiaro afirma ser de tão simples compreensão, dilucida PINTO FERREIRA: “Evidentemente, a expressão “juros reais”, do modo como está inserida na Constituição, não apresenta condições de aplicabilidade, sobretudo em períodos de inflação estrutural e às vezes galopante, como no Brasil, em que a moeda sofre sempre o esvaziamento do seu

7 Ob. cit., p. 190.

8 Apud MANOEL PINTO FERREIRA, in *Comentários à Constituição Brasileira*, Sarai-va, 1994, v. 6º/570, pp. 235/236.

valor. A cláusula “juros reais” tem amplo conteúdo de indeterminação. Apresenta um vazio semântico e necessita de melhor disciplina à luz de lei complementar”.⁹ O mesmo PINTO FERREIRA alinha como seguidores de tal entendimento nomes da expressão de Hely Lopes Meireles, Caio Tácito, José Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ives Gandra da Silva Martins, Celso Ribeiro Bastos e Caio Mário da Silva Pereira; e cita parecer-normativo na mesma direção, subscrito pelo então Consultor-Geral da República, Saulo Ramos.¹⁰

17. Das disposições especiais ou excepcionais

Em monografia versando o assim chamado meio ambiente, PAULO JOSÉ DA COSTA JR. aponta a descriminalização como uma das tendências das recentes reformas do Direito Penal, em inúmeras ordenações. E segue o ilustre Professor, justificando: “As razões determinantes de tal posicionamento são múltiplas. As mais comuns são vislumbradas na exigência de dinamizar a administração da justiça e numa difundida desconfiança na eficácia reeducativa da pena. A primeira delas aconselha concentrar a atenção do juiz penal nos fenômenos mais graves da criminalidade, como os delitos hediondos e os violentos, bem assim rebaixar as violações mais leves a ilícitos administrativos, tratados com procedimentos menos complexos e sancionados com medidas diversas da pena detentiva. A segunda enfatiza a falência da prisão, apesar de todas as tentativas para sua melhor execução, com vistas à solução do problema da redenção social do condenado”.¹¹

Nada obstante à tendência anotada, o constituinte de 88 estatuiu: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º). Assim, *legem habemus*: o comando constitucional impôs ao legislador comum a obrigação de definir como crime as condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, o que, segundo ainda o parecer do mesmo PAULO JOSÉ DA COSTA JR., segue “a moderna tendência da concepção social do Estado e dos direitos do cidadão, em que as liberdades individuais foram perdendo aquele traço egoístico que as caracterizava, para assumirem uma dimensão

9 Ob. e loc. cit.

10 Ob. cit., p. 570.

11 COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. RT, 1990, p. 234.

que constitui garantia da expansão social. De outra parte, afirma-se um novo princípio objetivo de solidariedade, em nome do qual se reconhecem justas limitações ao exercício de alguns direitos fundamentais e, em especial, dos direitos de propriedade e de livre iniciativa econômica”.¹²

O assim chamado crime ecológico aí está posto na nova Carta, como necessitando de definição específica na lei ordinária, a fim de que as lesões ao meio ambiente sejam passíveis de sanções não só administrativas, mas igualmente penais.

De notar, todavia, que, embora todas as nossas Constituições tenham adotado o princípio da responsabilidade pessoal em matéria penal (Carta de 88, art. 5º, XLV), no campo da ecologia, o legislador admitiu no comentado art. 225, § 3º, que as pessoas jurídicas poderão ser agentes de crimes lesivos ao meio ambiente. A autorização choca a uma primeira vista, pois se afigura inadmissível que uma pessoa jurídica, ou um ente moral possa ser condenado, bastando lembrar-se do vetusto ensinamento de que *societas delinquere non potest*. Entretanto, se se considera a dicção do texto constitucional, *condutas e atividades*, pode-se bem considerar *condutas* como o agir de pessoa físicas, ou naturais; ao passo que *atividades* diriam mais apropriadamente com aquelas derivadas do agir das empresas de qualquer natureza (*signanter*, com aquelas derivadas do agir das empresas de qualquer natureza (signanter, as econômicas), pessoas morais que atuam, evidentemente, por alguém que as representa. O que é curial e irá justificar o enquadramento pessoal do representante-agente.

De resto, já em passo anterior, o legislador constituinte deixou expresso: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes das pessoas jurídicas, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. De ver-se, ao propósito, os artigos 15 e 16 da Lei nº 7.802/89, pertinente à comercialização de agrotóxicos; a Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro; a Lei nº 1.521/51, que cuida dos crimes contra a economia popular.

18. Das disposições especiais sobre entorpecentes

A par de ter estatuído tratamento especial para “o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, rotulando-os como crimes inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII), o constituinte foi além,

12 Ob. e loc. cit.

contemplando nova disposição com caráter nitidamente excepcional, como se vê da leitura do texto do artigo 243: a) o confisco (que outra coisa não representa a expropriação sem indenização) de gleba onde se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas, com destinação social-pedagógica para a gleba expropriada; e b) igual confisco de qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, com sua reversão em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

19. Um ponto final

Nos incisos LXII, LXIII e LXIV do artigo 5º, a Constituição de 88 dá abrigo a cuidados bem significativos com o preso, acudindo aos generosos princípios de resguardo da pessoa humana (art. 1º, II) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). Assim se tornam obrigatórias para a autoridade responsável pela prisão: a) a comunicação imediata ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada (com o que se busca evitar as prisões clandestinas); b) a assegurar ao preso a assistência de sua família e de advogado, assim como o direito de ficar calado (esta última novidade inspirada na Emenda V da Constituição Americana, que, entre outras garantias, deixa afirmado que *“ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal”*); e c) a identificar os responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial.

QUESITOS DE JÚRI (*)

Des. José Guido de Andrade

Renova-se, hoje, nesta imponente e acolhedora cidade de Governador Valadares, mais um Encontro Regional de Estudos Jurídicos, dos muitos que tem realizado a Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, em promoção conjunta com a Associação dos Magistrados Mineiros – desta feita, engrandecida também com a participação da Secretaria de Recursos Humanos do Tribunal de Justiça e apoio da Escola Nacional da Magistratura, do Foro desta Comarca, da 43ª Subseção da OAB/MG, da FADIVALE – Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce e da UNIVALE – Universidade Vale do Rio Doce.

Recordo-me, nesta oportunidade, da realização do primeiro deles, há vinte anos atrás, na Cidade de Juiz de Fora, quando recebi, na qualidade de Diretor do Foro e da Seccional da AMAGIS, ali sediada, a honrosa incumbência de prepará-lo.

Numa tarde – que se tornaria histórica para os fastos de nossa Escola Judicial – lá chegavam para aquele primeiro encontro de Magistrados numa comarca do interior do Estado, o saudoso Presidente do nosso Tribunal de Justiça, Des. Geraldo Ferreira de Oliveira, e o então Presidente da AMAGIS, Des. Régulo da Cunha Peixoto, acompanhados das mais destacadas figuras do nosso mundo judiciário e jurídico.

E, à noite, no salão do Tribunal do Júri do Fórum Benjamim Collucci, sob os acordes do Hino Nacional, executado pela banda da 4ª Região Militar, iniciava-se o memorável evento, previsto para quatro dias, e que haveria de contar com a participação de quarenta e cinco Magistrados, das trinta e duas comarcas integrantes daquela seccional, além de cinco conferencistas (den-

(*) Conferência proferida em 26/04/97, na Cidade de Governador Valadares, quando do 73º Encontro Regional de Estudos Jurídicos, promovido pela Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes”.