

## O Direito Penal na Nova Constituição do Brasil (\*)

---

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Prof. de Direito Penal da Universidade de  
Brasília — Juiz de Direito do Distrito Federal

Apreciar a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 é enfocar todo o ordenamento jurídico nacional. Não só o vigente, como o que haja sido eventualmente revogado pela atual Carta Magna. Isso se explica pela preeminência da Lei Maior no sistema de nossa legislação, eminentemente escrita, permitindo a integração dos usos e costumes apenas subsidiariamente. O Direito Constitucional, embora sem limites precisos para que seu campo possa ser rigidamente demarcado, está intimamente relacionado com os demais ramos da ciência jurídica. É a indisfarçável interpenetração das normas, por ninguém discutida. O presente texto constitucional, a exemplo do anterior, cometeu competência à União Federal para «legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho» (art. 8º, XVII, b).

Como se expressou o douto professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, na aula inaugural proferida na Faculdade de Direito de Curitiba, em 1958, «A Constituição de um país — segundo se exprimia PELEGRINO ROSSI, é «tête de chapitre» de todas as disciplinas do Direito, visto que traz inscritas, em seus textos e cânones, normas reguladoras, de caráter geral, para os diversos setores da ordem jurídica».

Nessa interpenetração, ressalta-se o Direito Penal, um dos mais sensíveis a sofrer os reflexos de qualquer alteração no Direito

---

(\*) Conferência proferida na Universidade de Brasília, no ciclo de estudos sobre a nova Constituição.

Constitucional, que, por sua vez, recolhe e exprime as marcantes oscilações políticas. Tóda a vez que a ordem política e social sente transformação de estrutura, modifica-se o Direito Penal. E essa modificação varia na proporção direta das transformações políticas. A história de nosso Direito ilustra a conclusão: já em 1830, tínhamos um Código Penal, conseqüência da emancipação política em 1822; no ano seguinte à proclamação da República, era sancionado o Código Penal de 1890. Entretanto, apenas em 1850, entrou em vigor o Código Comercial, e as Ordenações Filipinas foram mantidas até 1917, data em que o Código Civil passou a reger as relações jurídicas de âmbito privado.

A Constituição do Brasil, numa visão panorâmica, relativamente ao Direito Penal, não foi grandemente inovadora. Isso é sintomático, servindo de roteiro seguro para minuciosa análise da Revolução de 1964, visto a legislação por ela elaborada, ser a cristalização da filosofia daquele movimento. Outras áreas receberam impacto mais vivo, como o terreno tributário e o sistema federativo, que sofreu indistigável atrofiamento. Estas alegações autorizam extrair a ilação de que a Carta Magna não se preocupou em destruir os princípios antes conquistados de garantia do direito de liberdade do cidadão. Ao contrário, conservou-os respeitando o *nullum crimen nulla pena, sine lege*. Não se apressou, de outro lado, em consagrar a *analogia* em Direito Penal, como é comum acontecer nos regimes políticos que sucedam a um movimento militar e que culmina com interrupção da normalidade constitucional, em particular, se a confrontarmos com os Atos Institucionais, legislação excepcional, que, na medida do possível, a Constituição procurou não absorver, a fim de não frustrar a norma do art. 1º § 1º: «Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido».

As implicações políticas da Lei Maior foram objeto do tema de abertura deste ciclo de palestras, magistralmente desenvolvida pelo eminente Professor VICTOR NUNES LEAL, todavia, não podem ser enriquecidas, ou relegadas em matéria penal, mórmente quando se estuda o direito positivo.

Para melhor orientar nosso raciocínio, examinaremos os pontos de maior realce.

### RETROATIVIDADE DA LEI PENAL

O princípio da reserva legal, por sua importância, pela soma de sacrifícios que representa, merece a primazia da análise, além de ser tema obrigatoriamente focalizável em abordagem ampla de Direito Penal. Após a Revolução Francesa, o princípio enunciado por FEUERBACH, na fórmula latina, preside, como coordenadora maior, a disciplina de aplicação da *sanctio juris*.

O Brasil inscreveu o salutar princípio em tôdas as suas Constituições, a exemplo da maioria dos povos. O ideal de ninguém ser punido senão pela prática de fato anteriormente definido como infração penal, representa garantia para todos, embora, vez por outra, haja sido relegado a fim de atender a outros interesses, como aconteceu no Tribunal de Nuremberg e, entre nós, durante a última grande guerra. O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o Decreto-lei nº 4.766, de 1º de outubro de 1942, admitindo a aplicação retroativa em relação aos crimes contra a segurança externa, apesar de expressa a referida garantia. Em um dos julgamentos, manifestou-se o douto Ministro OROZIMBO NONATO: «Não obstante o prestígio da irretroatividade da lei penal, entende-se que, neste caso especialíssimo, era possível a retroatividade, que se deu, aliás, mitigadamente. O legislador não podia fugir à realidade trágica que suscitou o decreto e verdade e que um brasileiro que praticou atos contra a Pátria, depois daquele rompimento, prelúdio do estado de guerra, não podia fugir ao saldão de traidor» (Repertório de Jurisprudência — VALENTIM ALVES DA SILVA — nº 11, pág. 19).

Em todos os movimentos de contorno do princípio da legalidade, divisa-se o mesmo clima: situações excepcionalíssimas conduzem o julgador a conferir proteção também excepcional ao interesse público. Em Nuremberg, além da coação evidente dos povos vencedores, impunha-se punir exemplarmente os vencidos para que a paz fôsse preservada. Em nosso País, recomendava-se o sacrifício dos direitos individuais dos súditos do eixo, a fim de a soberania não ser comprometida, se bem que a Carta Política de 10 de novembro de 1937 consagrasse a irretroatividade da lei penal.

O art. 150 da Constituição de 67 dispõe: «A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

«§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu».

A Constituição Federal de 1946 determinava Artigo 141, § 27. «Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior».

A Constituição anterior incorporou em tôda sua grandeza o *nullum crimen, nulla pena sine lege*, e utilizou a redação das Constituições de 1824 (art. 179, § 11), de 1891 (art. 72, § 15) e de 1934 (art. 113, § 26). A atual preferiu outra expressão literal, referindo-se a *crime*, e não a processo em geral.

Indagar-se-á: hoje, as contravenções penais estão excluídas da proteção do princípio da legalidade?

Infração penal é gênero de que o crime é espécie. Compreende também as contravenções penais, porquanto o nosso Direito adota o critério da bipartição. É verdade que o artigo 1º, do Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) manda aplicar a essa categoria «as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso» (art. 1º).

Ora, se o artigo 1º do Código Penal, ao disciplinar a *anterioridade da lei* reza: «Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal», como a lei das contravenções não infirmar essa norma, ao contrário, a ela é permeável, conclui-se que o princípio vigora também para essa espécie de ilícito penal, contudo é mera garantia de lei ordinária. E a da Constituição, foi suprimida? Seria supérfluo arrolar argumentos para ressaltar a grande importância que essa distinção produz. A simples dificuldade para modificação do texto constitucional, em comparação com a reforma da legislação comum, por si só, cria sério obstáculo para os governantes ficarem armados para perseguirem o indivíduo.

Estranho, porém, seria se o constituinte houvesse rompido a tradição de nosso Direito, excluindo a mais benigna das infrações. Esdrúxulo o legislador reservar a possibilidade de atuação arbitrária, municiando os detentores do poder dos instrumentos menos severo, renunciando às coações mais eficazes.

A integração da mencionada norma com o texto da Constituição, leva o intérprete a concluir que o espírito da Carta Política é o da manutenção da secular garantia. A circunstância de menção apenas a *crime*, não nos parece decisiva, embora o constituinte, para outro efeito, haja feito menção ao gênero — *infrações penais*, ao dar à União Federal competência para «a apuração de *infrações penais* contra a segurança nacional, a vida política e social, ou em detrimento seu, serviços e interesses da União, assim como de outras *infrações*, cuja prática tenha repercussão internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei» (art. 8º, VII, «c»).

O Direito Constitucional nem sempre designa os institutos jurídicos com a mesma denominação do Direito Penal. A título de ilustração, ressaltem-se a *graça* e o *indulto*, previstos no Código do Processo Penal, entretanto, nas Constituições, tradicionalmente, são tratados unitariamente, como *indulto*, o que nada impede, como não impedirá durante a Constituição de 1946, que o Presidente da República concedesse a *indulgentia Principis* individual, ou coletivamente.

Não é só

O enunciado do princípio utiliza o vocábulo *crimen*, e sempre se entendeu englobar tôdas as espécies de infrações penais.

Por derradeiro, e isto ressalta a preocupação do legislador em conservar a garantia individual, o artigo 55, § único veda, sem qualquer ressalva, que as normas de Direito Penal sejam delegadas: «Não poderão ser objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional bem assim os da competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a legislação sôbre: II — a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos, o direito eleitoral, o direito civil e o *direito penal*».

Este argumento, peremptoriamente, elimina eventual dúvida que possa ser suscitada em interpretação meramente gramatical. A pesquisa ideológica repele qualquer apreensão. Felizmente assim é. Todo precedente nesse assunto seria encarado com muita reserva. Precisamos conservar as conquistas que outros povos nos legaram, as quais foram perseguidas durante séculos e a vitória alcançada através de sacrifícios diários.

#### DECRETO-LEI

Como corolário da conclusão extraída, e cotejando-a com o disposto no art. 58, I, que atribui competência ao Presidente da República para expedir *decretos com força de lei* «em casos de urgência, ou de interesse público relevante, e desde que nada resulte aumento de despesa» sôbre matérias de segurança nacional e de finanças públicas, evidencia-se a impossibilidade de serem criadas figuras delituosas, ou majoração da pena através de *decreto-lei*, ainda que se trate de matéria referente à segurança nacional. A participação do Poder Legislativo, no assunto, é imprescindível, em face da restrição que visa a coibir eventuais arbitrariedades.

#### MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança, unidades de pedagogia para a adaptação, ou recuperação do indivíduo portador de periculosidade, que haja revelado tendência para a prática de infrações penais, embora tenha pontos de contato com as penas, com elas não se confundem, sendo excusado, neste momento, entrarmos no tormentoso terreno doutrinário para a fixação das características desses institutos jurídicos, sendo, entretanto, pela seriedade da investigação, digna de registro a ponderação de BETTIOL, *in Derecho Penal — Parte general* — pág. 767/8: «A sanção sugere a transgressão de um preceito, a violação de uma obrigação, a oposição entre uma vontade individual e a coletiva que se manifesta em uma norma jurídica. A sanção supõe o ilícito; a pena, pois, enquanto sanção,

supõe o delito como ação penalmente ilícita. O delito é causa da sanção. Isso, ao contrário, não corresponde à medida: esta se aplica por motivo de um delito, mas esta razão não é suficiente. A medida visa algo além do delito. Tem em conta a qualidade e o modo de ser da pessoa, cujo delito é indício importantíssimo, porém não exclusivo».

Indiscutível, no entanto, que sob a desculpa de aplicação de normas pedagógicas, o indivíduo poderá sofrer cerceamento no direito de liberdade — tôda medida de segurança é um constrangimento — e, dessa forma, ser frustrado êsse direito.

É certo, o disposto no artigo 75 do Código Penal declara que «As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução». Em outras palavras, é a definição do princípio da legalidade. Acontece, entretanto, tratar-se de mera chancela de legislação ordinária.

Nesse aspecto, a Constituição não trouxe qualquer novidade. Aliás, andou bem o Congresso Nacional. As medidas de segurança constataam o *estado* de periculosidade, e não o *ato* criminoso. As normas insertas na Constituição, muita vez, tornam-se demasiadamente rígidas, não ensejando a flexibilidade que os casos concretos requerem. Como a medida de segurança volta-se mais para o homem de que para o fato, deve ser conferido à prudente discricção do magistrado elevado crédito de confiança, a fim de poder utilizar a terapêutica conforme as exigências de cada pessoa.

#### LEI MAIS BENIGNA

O referido § 16 é motivo para outras considerações.

O § 29, do art. 141, da Constituição de 46: «A lei penal regulará a individualização da pena, e só retroagirá quando beneficiar o réu», suscitou debate entre os comentadores, no sentido de saber se o § único do art. 2º, do Código Penal havia sido revogado: «A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível».

A Exposição de Motivos nº 7 se apressara em justificar a distinção: «Há uma conveniência de ordem prática a justificar êste último critério, diverso do primeiro. Evita-se com êle uma extensa e complexa revisão ou *ajustamento* de processos já ultimados».

Formaram-se duas correntes. A primeira, ilustraremos com os doutos argumentos do Ministro NÉLSON HUNGRIA, abonando o ponto de vista da revogação, visto o mandamento constitucional ser

amplo, sem as restrições do Código: «Com o advento da Constituição de 46 (que repeliu, nesse particular, preceito da Constituição de 34), foram elevados à categoria de «garantias individuais» a irretroatividade *in peius* e a *condicional* irretroatividade *in melius*. Segundo penso, deve entender-se, em face do preceito constitucional, cancelada a restrição que fazia o Código» (Comentários do Código Penal, vol. I, tomo I, nº 10, pág. 110).

Renomados autores que optavam pela norma do Código Penal, alegavam que o favorecimento de maneira diversa à *abolitio criminis* e a alteração da pena *in abstracto*, como a contemplação de uma atenuante não feria a irretroatividade benéfica por tratar-se de circunstância que influía somente *in concreto*, consoante as diretrizes do artigo 42 do Código Penal.

O texto atual, a par de ligeira diferença literal com o anterior, revela diferença de conteúdo. O constituinte, parece, não foi indiferente à sização doutrinária. Hoje, está expresso que a irretroatividade favorável alcança não só os casos da *abolitio criminis*, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, como, igualmente, se aplica à *pena*. Na fixação desta, são ponderados os limites máximo e mínimo da cominação legal, as causas especiais de aumento e de diminuição e as circunstâncias aprovantes e atenuantes. Dessa forma, qualquer modificação nesses elementos será idônea para a pena *in concreto*, esteja, ou não, a sentença com o selo da coisa julgada. A norma da Constituição de 67 é mais ampla da inscrita em 1946.

#### CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 119, ao fixar a competência da Justiça Federal, em primeira instância, arrola no inciso IV: «os crimes políticos e os praticado em detrimento de seus serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral», para, logo em seguida, dispor no inciso X: «os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiros...».

A questão não é meramente de interesse processual. Envolve aspecto de Direito Penal, visto entrelaçar-se o conceito dos respectivos ilícitos.

O crime de Reingresso de Estrangeiro Expulso, previsto no artigo 338 do Código Penal, está incluído entre os crimes contra a Administração da Justiça, vale dizer, contra a Administração em geral. Traçadas essas observações, indaga-se: o conteúdo do inciso IV engloba todas infrações contra a Administração em geral? Se a

resposta fôr afirmativa, por que a expressa e especial consignaçoão do inciso X? Ter-se-ia simples repetição?

A Constituição Federal de 46 utilizou a redução empregada no inciso IV, quando delimitou a competência do Tribunal Federal de Recursos (art. 104, II, a). Sempre se entendeu que era ampla, a fim de compreender todos os casos em que a União Federal fôsse diretamente interessada, isto é, quando titular do direito lesado, ou colocado em perigo.

Essa forma, entender-se-á o inciso X, parte inicial, como inútil repetição do que fôra dito anteriormente. Não divisamos, ademais, razões políticas, ou processuais para o destaque da espécie, após referência ao gênero.

### INTERESSE DA UNIAO

O texto examinado oferece maior dificuldade em se tratando da competência para o processamento e julgamento das ações penais do que em se tratando de causas cíveis, em cuja hipótese o inciso I é mais explícito, referindo-se às «causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal fôr interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral, à Militar ou à do Trabalho, conforme determinação legal».

O interesse da União estará presente também quando o lesado fôr pessoa jurídica em que ela participe como acionista, ou quotista. exemplificadamente, como acontece com o Banco do Brasil, S.A. e a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil . . . . . (NOVACAP)?

Parece-nos que não.

A extensão da norma deve limitar-se ao sentido de *interesse imediato*, ou seja, se a União sofrer diretamente o prejuízo, enquanto titular do bem juridicamente protegido. Sômente essa conclusão explica a inclusão, no inciso IV, após referência à União, «de suas entidades autárquicas ou empresas públicas». Se a Constituição contemplasse também as hipóteses de *interesse mediato*, como ocorre nos casos atrás noticiados para que a discriminação se o prejuízo da entidade autárquica, ou da empresa pública, por via oblíqua, implica em dano para a União?

Ademais, a evidente relação entre a ação penal e a responsabilidade civil é outro aspecto de importância. A sentença penal faz coisa julgada no cível. Nesses termos, se fôr reconhecido o peculato do funcionário público federal, a União ficará armada para promover eventual ação para recompor o seu patrimônio. Justifica-se assim que o processo penal se desenvolva na Justiça especial. Não é a



mesma situação se lesado fôr o acervo de uma sociedade de economia mista porquanto, na hipótese, só indiretamente, repita-se, a União sofrerá o dano.

### CRIMES POLÍTICOS

O mesmo inciso sugere outra consideração, ao conceder à Justiça Federal competência para processar e julgar os *crimes políticos*.

Preliminarmente, serão úteis anotações a respeito do crime político, cujos contornos precisos não são traçados pacificamente, de forma a eliminar divergências doutrinárias, as quais, aliás, seriam impertinentes nesta oportunidade, contudo, são imprescindíveis, para o desenvolvimento do raciocínio, e sem ânimo de debate, enfrentaremos o problema.

De um modo geral, há concordância no sentido de conceituar o crime político como a infração penal informada pelo especial escôpo de alteração da ordem política e social. O agente não atua com vontade livre e consciente de lesar, ou expor a perigo bem ou interesse alheio. O sujeito ativo não é portador de periculosidade, no sentido definido em lei. Ao contrário, busca com despreendimento, altanaria e patriotismo instituir o governo ideal para o processo da nação e o bem estar da coletividade. Em razão dessa característica já se disse que o crime político não apresenta conceito *natural* porque a ação, enquanto exaltada por um, é severamente criticada por outros. O autor é tido como herói, ou criminoso vulgar!

Outro ângulo repetido com freqüência é a distinção entre *crime político puro* e *crime político por conexão*; o último, também, com incidência no direito comum, ou seja, na órbita não política.

O Código Penal da Itália, sentindo a dificuldade do problema, tomou posição dogmática, e dispõe no art. 8º § 2º: «Para os efeitos da lei penal é crime político o que ofende um *interesse político do Estado* ou em *direito público do cidadão*». Trata-se, como frisa BETTIOL, ob. cit. pág. 130 — de um critério *ontológico* porque deduzido da natureza mesma do delito que ofende um interesse político do Estado, da «polis» considerada como depositária de um poder soberano, e não enquanto existe para realizar interesse contingentes de caráter administrativos, ou judiciais».

A legislação brasileira, nesse particular, não seguiu a orientação de seu modelo preferido. Aceitar as elaborações da cultura italiana, aliás, a ninguém desmerece, apenas dignifica quem a absorve, o que, em última análise, revela maturidade de cultura.

Entre nós não há, no ordenamento jurídico, uma definição. Inversamente, conceitua o que não é *crime político*. O Decreto-lei nº 394/38, que disciplina a extradição, preceitua no § 2º, do art. 2º: «Não se considera crimes políticos os atentados contra chefe de Estado em qualquer pessoa que exerça autoridade, nem os atos de anarquismo, terrorismo e sabotagem, ou que importe em propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social».

Paralelamente, a Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1958, que define e pune o crime de genocídio, determinada no art. 6º: «Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeito de extradição».

A Constituição de 67, por seu turno, sem qualquer adendo explicativo, dispõe, peremptoriamente:

«Art. 119: aos juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância: IV — os *crimes políticos*».

Logo adiante, ao disciplinar a competência dos Tribunais e Juizes Militares, explicita no art. 122 § 1º:

«Esse fôro poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares...».

Onde se lê: *crimes contra a segurança nacional*, entenda-se *crimes políticos*.

Outro entendimento levaria à afirmação de que esse crime não se identifica com os crimes contra a segurança nacional. Ademais, não se pode sustentar que outros ilícitos, dessa categoria, existam, em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o Decreto-lei nº 314/67 operou a revogação orgânica.

O artigo 44, desse diploma legal, reza: «Ficam sujeitos ao fôro militar, tanto os militares como os civis, na forma do artigo 122, §§ 1º e 2º da Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste decreto-lei, assim como os perpetradores contra as instituições militares».

Dessa forma, foram remetidos para a Justiça Militar todos os crimes políticos — (crimes contra a segurança nacional) em flagrante atrito com a Constituição do Brasil. A lei ordinária reuniu o que a Carta Magna separou do artigo 119, IV (conclusão diferente implica em apagar a parte inicial). Esta separação, aliás, existia na Constituição Federal anterior, ao conferir ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar em recurso ordinário os crimes políticos (art. 101, II, «c»), e dilatava a competência da Justiça Militar para abranger os «civis, nos casos expressos em lei, para a

repressão de crimes contra a *segurança externa do país* ou as instituições militares» (art. 108, § 1º). Por sua vez, a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 1.802-53) que nasceu sob a égide daquela Carta Política, dispunha no artigo 42: «Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual respectiva, o processo e julgamento dos crimes previstos, nos arts. 2º, incisos I a III, 6º, quando a vítima fôr autoridade militar e, finalmente, 24, 25, 26, 27, 28 e 29».

Conseqüentemente, os crimes contra a segurança nacional, enquanto não forem discriminados válidamente em lei, para serem submetidos à Justiça Militar, deverão ser processados e julgados pelo Juiz Federal, não sendo legítima a extensão do Decreto-lei nº 314-67.

A Justiça Federal pode conhecer de todos os crimes contra a segurança nacional, entretanto, não pode ser desfalcada inteiramente, por uma lei ordinária. É a completa subversão de hierarquia das normas jurídicas.

O Constituinte de 67 ao copiar o § 1º do art. 108 da Constituição de 46 não se apercebeu que a restrição ali contida — «segurança externa do país — no contexto geral da Carta Política tinha uma importância fundamental, quando mais não fôsse para respeitar os dispositivos nela insertos. Mais uma vez é procedente o ensinamento popular: «A pressa é a maior inimiga da perfeição». Em todo caso, *legem habemus!*

#### CRIMES DE RESPONSABILIDADE

No capítulo do Poder Executivo, a seção III trata «Da Responsabilidade do Presidente da República» e o artigo 84 arrola em sete incisos os atos do Primeiro Magistrado da Nação definidos a esse título, e acrescenta o respectivo parágrafo único: «Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento».

A particularidade da norma é por duas vezes, usar o verbo no futuro: *serão definidos*, e *estabelecerá*. É sabido que lei ordinária definiu as várias hipóteses, cabendo interrogar se a Constituição, consoante as expressões empregadas, não teria revogado essa legislação, desprezando a lei atuante à data da entrada em vigor da Constituição, e determinando a elaboração de outra.

Passagens há no texto legal em que se encontra expressão diferente «nos limites definidos em lei» (art. 49 *in fine*) o que traduz a idéia de existente.

A duplicidade de redação, porém, não é suficiente para optar-se pela revogação da lei ordinária. Em outras ocasiões é utilizada a mesma, ou semelhante expressão literal, como nos artigos 95, 150,

§ 13 e 170 para complementar a norma da Constituição. Além disso, impossível extrair-se qualquer argumento que escudasse a afirmação de que o constituinte tivesse tido a vontade de reviver para o Presidente da República o mandamento da Constituição do Império: «A pena do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma» (art. 99). Ao contrário, é clara e indiscutível a disciplina imposta aos membros dos três poderes, como se constata nos capítulos «Do Poder Legislativo» e do «Poder Judiciário», não sendo lógico que houvesse quebra de tratamento semelhante para o Poder Executivo.

Além disso, evidencia-se, na Constituição de 67, forte desejo de retorno à plenitude da Constituição Federal de 1946, afastando-se, quanto possível, dos Atos Institucionais.

A Revolução de 1964, e isso é inerente a todos os movimentos dessa natureza, estabeleceu legislação de emergência, criando sanções até então desconhecidas.

O Ato Institucional nº 1 previu a demissão, a dispensa, a disponibilidade, a aposentadoria, a transferência para a reserva ou reforma (art. 7º), a suspensão dos direitos políticos e a cassação dos mandatos legislativos federais, estaduais e municipais (artigo 10) — Esses institutos, conhecidos no Direito Administrativo, foram, todavia, aplicados a casos não especificados anteriormente. O ato revolucionário cominou a penalidade contra quem houvesse «atentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da Administração Pública» (art. 7º) e «no interesse da paz e da honra nacional» (art. 10). Isso, entretanto, não é suficiente para conferir a característica de sanção penal, que se configura como consequência da prática de ação definida como infração penal, e consistente na privação de bens jurídicos do agente.

As hipóteses dos artigos 7º e 10 não constituem a retribuição mencionada.

O Comando Supremo da Revolução, entendendo ocorrer, na ocasião, sério perigo para a soberania nacional, reputou conveniente e oportuno criar as referidas sanções administrativas. Diga-se, sem censura jurídica. A Revolução só encontra limites na sua própria força. Cria outra ordem jurídica, nem sempre compatível com a anterior, contra a qual, aliás, se insurge.

A Constituição de 67, embora sancionasse os atos revolucionários (art. 173), enquanto praticados nos termos e limites da legislação pertinente, visou a impedir a aplicação daquelas penas, nas condições em que o eram até à primeira quinzena de março do corrente ano, conforme o disposto no artigo 151:

«Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos parágrafos 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos

para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal, assegurada ao paciente a *mais ampla defesa*.

O constituinte, nesse passo, aplicou expressão mais enfática do que utilizada para consagrar o princípio do contraditório na ação penal: «*a mais ampla defesa*».

Dentro dêsse esquema, não há clima para interpretar-se que enquanto não sancionada outra lei definidora dos crimes de responsabilidade, êstes inexistem em nossa legislação, deixando o Presidente da República isento de responsabilidade penal. O conjunto da Constituição nos oferece a instituição de um Estado de Direito, que, entre outros aspectos, exige proibidade dos governantes, não os tornando imunes às suas faltas.

#### SEGURANÇA NACIONAL

O artigo 89 apresenta uma novidade. «Tôda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei».

Rigorosamente, essa norma é supérflua. Se existem atos definidos como crimes, por ofenderem, ou colocarem em perigo uma objetividade jurídica, e evidente, a ninguém é lícito investir contra êsse objeto jurídico, e quem o fizer, será responsabilizado na forma da lei. Explica-se o fato pelo quadro histórico e político que presidiu a elaboração do projeto da Constituição.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não é tema novo. Em Roma, a noção de dolo implicava na incapacidade dos entes coletivos de praticar ilícito penal.

O Direito Canônico admitia a imputabilidade e a responsabilidade, por influência do Direito Germânico. O papa Inocêncio IV, porém, com apoio na teoria de ser a pessoa jurídica uma *ficção*, concluía que «impossibilite est quod universitas deliquat».

Ainda hoje a divergência doutrinária se mostra irreconciliável.

Para o deslinde da questão, não se deve ficar apegado à conclusão lógica que decorre de teorias. É fato incontestante que a pessoa jurídica é reconhecida pela lei como ser dotado de personalidade e as regras que a disciplinam a tornam inconfundível com as pessoas de seus componentes.

Não se deve, no setor próprio das ciências normativas, preocupar-se com a adaptação das respectivas conclusões às compatíveis em outro campo do saber humano.

Conseqüentemente, as condições de capacidade, imputabilidade e responsabilidade, embora o legislador, ao defini-los, busque subsídios nas ciências afins, em última análise, constituem matéria de definições, legal muitas vêzes, de pressupostos em que se assenta um ramo da árvore jurídica. Como nosso ordenamento dispõe que somente o maior de 18 anos de idade incide no âmbito das sanções penais, poderia, reduzir êsse índice cronológico, como é previsto no anteprojeto de Código Penal, de autoria de NÉLSON HUNGRIA.

A investigação psicológica é pertinente apenas aos casos em que a lei as impõe. Várias são as passagens, no Código Penal Brasileiro, cuja Exposição de Motivos, pomposamente, declara que fôra consignada, sem restrições, a responsabilidade moral, em que autores declaram haver sido encampada a responsabilidade objetiva, como, entre outros, os crimes qualificados pelo resultado.

MANZINI, defensor intransigente da opinião que afasta as pessoas jurídicas como agentes de infrações penais, admite que «a vontade soberana poderia atribuir às pessoas coletivas a capacidade do direito penal, mas, — indaga — com que finalidade?» (Tratado, vol. I, pág. 631). Acrescenta que as sanções de direito privado e de direito administrativo são bastantes para evitar a atividade eventualmente lesiva de direito de terceiros.

É indisfarçada a tendência, em nossos dias, de reunião de pessoas, trabalho e capitais para obter resultado de interesse comum. As deficiências de cada um são superadas pela colaboração de todos. Essas associações, como obras do homem, podem voltar-se para o mal, para a delinqüência. Em alguns países, particularmente os que atingiram elevado estágio de civilização os chamados «sindicatos do crime» têm atuação relevante, facilitando grandemente a incidência no campo criminal.

Entre nós, evidentemente, a tendência é chegar àquela situação, se as medidas de combate à criminalidade continuarem insuficientes como se revelaram até a esta data. FERRI alertava que a civilização e a criminalidade correm paralelamente: são como face e reverso da mesma medalha.

O legislador, com prudência, para defender o interesse coletivo dêsse inconveniente, estabeleceu normas para atingir o *desideratum*, tomar medidas contra a pessoa jurídica, contrapondo entretanto, como garantia constitucional: «Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial» (art. 150 § 28).

O Decreto-lei nº 314/67, como reflexo do disposto no art. 89 da Constituição, inclui a pessoa jurídica como responsável pela segurança nacional. E, acrescentando que o é «nos limites definidos em lei», como esta se restringe a conceituar a segurança nacional e a definir as infrações, ao lado do respectivo procedimento.

é evidente, tal responsabilidade se refere à prática dos mencionados ilícitos.

Em se examinando o rol dessas infrações, observa-se que a sanção cominada é de reclusão, ou de detenção. Como espécies de penas privativas de liberdade, ressalta, à primeira vista, a inadequação das mesmas às pessoas jurídicas.

Isso, contudo, não implica inteira ineficácia àquela norma jurídica. Os princípios gerais do Código Penal atuam como subsídios às leis extravagantes, somente deixando de incidir quando houver disposição em contrário.

Pena e medida de segurança não se confundem; apresentam, como foi ressaltado, individualidades que as distinguem.

Entre as medidas de segurança encontra-se a *interdição de estabelecimento*, pertinente às pessoas jurídicas.

Por impossibilidade de manifestação de vontade as pessoas jurídicas figuram apenas como meio para a prática de infrações, que são cometidas pelas pessoas físicas que atuam em nome delas.

Seria contra-senso, ineficácia flagrante deixar os indivíduos isentos das conseqüências penais porque qualquer providência fôra concretizada contra a associação.

Dessa forma, impõe-se a aplicação da *pena* aos representantes legais da pessoa jurídica, e a estas a *medida de segurança*. Somente dessa forma se harmoniza a Constituição com a legislação penal brasileira.

A aplicação da medida de segurança não implica, automaticamente, a dissolução da pessoa jurídica. A esta é conferida a plenitude do direito de defesa (art. 150 § 28, da Constituição). Constituem esferas jurídicas distintas, embora não estanques, em face das repercussões da sentença penal no campo civil.

A análise desta palestra não esgota tôdas as relações que a Constituição de 67 estabeleceu com o Direito Penal. Ressaltamos alguns pontos que se entremostam com o estigma de debates, fatalmente, serão levados aos Tribunais, em virtude da indisfarçável importância para o perfeito entendimento do ordenamento jurídico brasileiro. Outros institutos mereciam observação, como os ressaltados. São dignos de exame mais pormenorizado. A conferência, eminentemente expositiva, se completa com a abordagem do tema, sendo inoportuno o estudo completo. Pretendemos fazê-lo no Congresso de Direito Penal a ser realizado em agosto próximo na Universidade de Brasília. Outras vozes, de maior autoridade e experiência, serão ouvidas. Nessa ocasião, poderá ser definida a boa exêrese.