

# 1

## A Política Criminal na Constituinte de 87/88

### 1.1

#### Antecedentes Históricos

Em 1988, o Brasil iniciou uma nova etapa de sua história, com o fim do ciclo militar iniciado em 1964 e a elaboração de uma nova Constituição democrática. A partir deste marco, todo o ordenamento jurídico brasileiro teve que se amoldar ao novo perfil político e jurídico que o país assumia. A política criminal se inscreve no contexto destes novos desenhos institucionais traçados a partir de 1988, e este é o objeto de nosso estudo.

Antes, porém, uma breve excursão sobre a história do direito penal brasileiro será útil à compreensão acerca do estágio em que a cultura jurídica se encontrava quando da instalação da Constituinte de 1987/88. Os acontecimentos históricos que antecederam o evento da Assembléia Constituinte serão aqui pressupostos, em razão de sua notoriedade, motivo pelo qual não vamos nos ater a eles<sup>1</sup>. Interessa-nos, para os fins deste trabalho, delinear os caminhos que a política criminal brasileira trilhou, especialmente durante o século XX, embora o recuo histórico deva ser um pouco mais acentuado por necessidades conceituais.

Valemo-nos, nestes primeiros passos, da análise descritiva de Nilo Batista que, de forma detalhada e extremamente criteriosa, discorre sobre o que chama de “história da programação criminalizante no Brasil”.<sup>2</sup>

Pode-se tomar como marco inicial da história do direito penal brasileiro o Código Criminal de 1830, gerido após a independência do país. Isto porque, tudo o que lhe antecedeu em termos de direito punitivo, fundou-se nas

---

<sup>1</sup> Referimo-nos especificamente ao processo de abertura política, à campanha pela anistia, à campanha das diretas, à eleição indireta e à subsequente morte de Tancredo Neves, e por fim à posse de Jose Sarney.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 1. v. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.411

ordenações do Reino de Portugal<sup>3</sup> que, como tais, não refletiam o pensamento e a realidade genuinamente brasileiros.

Sob a égide das ordenações do reino, vigorava um estatuto extremamente cruel. As penas previstas eram atrozes, como as galés e a própria pena de morte, sem que houvesse qualquer ideia de proporcionalidade entre a gravidade da culpa e a intensidade da resposta penal, ficando ao inteiro arbítrio do julgador a sua aplicação. Também não se guardava o princípio da personalidade da pena ou mesmo da responsabilidade subjetiva, podendo aquela ultrapassar a pessoa do condenado para alcançar-lhe a descendência, como, por exemplo, no crime de lesa-majestade<sup>4</sup>.

A independência do país trouxe a reestruturação do arcabouço jurídico-positivo e o Código Criminal de 1830, quando entrou em vigor, já sucedia diversos decretos humanizadores de Dom Pedro I. Com efeito, o movimento pela humanização do direito penal já se refletira na própria Constituição de 1824, que passou a prever algumas garantias de natureza penal, como a de que nenhuma pena poderia passar da pessoa do delinquente, além de abolir penas cruéis<sup>5</sup>. Aprovado em 25/03/1830, o novo Código Criminal foi o primeiro estatuto penal da América Latina totalmente autônomo e nacional.

De toda sorte, fora concebido sobre uma ordem escravocrata, circunstância que antagonizava em todo o contexto político, jurídico e econômico com o liberalismo que avançava no país.

Com a abolição da escravatura, Joaquim Nabuco imediatamente apresentou projeto de lei para adaptar as leis penais à nova realidade social, que não chegou a ser apreciado, vindo a proclamação da República, em 1889, desencadear novo processo de reestruturação do ordenamento jurídico nacional.

---

<sup>3</sup> No momento do descobrimento, vigiam as ordenações afonsinas, sucedidas pelas manuelinas e, por fim, pelas filipinas, que vigoraram até a edição do Código do Brasil Imperial.

<sup>4</sup> Tão vasto era o rol de crimes constante das ordenações, que Frederico Marques relata que um rei africano teria estranhado ao conhecer este rol e dele não constar alguma pena simplesmente para os que andassem descalços. (MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997).

<sup>5</sup> O artigo 179 da Constituição assim previa em seus parágrafos 19 e 20, respectivamente: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”. “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.”

Todavia, precipitadamente, em 11/10/1890, foi aprovado o primeiro Código Penal republicano, a partir de um projeto de Batista Pereira, coordenado pelo Ministro da Justiça Campos Salles.

Imbuído de espírito neoclássico, o novo código foi editado sob o crivo de severas críticas, dentre elas a de já nascer obsoleto<sup>6</sup>. Logo em 1893, João Vieira elaborava um anteprojeto de código penal, que sequer chegou a ser apreciado. Em 1913, outro projeto, este de Galdino Siqueira, tampouco levado a apreciação, denotava a profunda insatisfação da comunidade jurídica com a realidade penal positiva da época. Igualmente, em 1927, novo projeto, este de Sá Pereira, um catedrático do direito civil, pretendia substituir o Código Penal de 1890. O projeto foi submetido a uma comissão revisora e chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados em 1935. Antes de sua remessa ao Senado, no entanto, tendo em vista a ruptura institucional sofrida pelo país com Getúlio Vargas, este projeto também não foi adiante.

Durante todo este período, a insatisfação com o ordenamento positivo conviveu com dificuldades práticas de diversas ordens, o que forçou o legislador, por inúmeras vezes, a introduzir modificações e inovações pontuais e assistemáticas. Eram tantas as leis extravagantes e tamanha a insegurança gerada por sua pulverização, que o Desembargador Vicente Piragibe decidiu agrupar toda a legislação para facilitar-lhe o trabalho de consulta. A iniciativa foi bem recebida e, em 1932, Francisco Campos, por decreto, outorgou-lhe a condição de Consolidação das Leis Penais, só substituída pelo Código Penal de 1940.

Do ponto de vista político-criminal, não se pode negar que o início do século XX foi marcado pelas reações à recente abolição da escravatura. O status jurídico inferior que os escravos ostentaram na ordem antiga era pouco a pouco substituído pela *inferioridade biológica*<sup>7</sup>, o que explica a emergência de tipologias como a vadiagem e as visadas repressivas contra os contingentes de negros e mulatos que passaram a vagar à margem da economia formal.

---

<sup>6</sup> Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, Francisco Campos inicia assim: “Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. Na data de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas”.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 442

A inquietação dos meios jurídicos com o Código Penal de 1890 se explica, de certa forma, em razão da efervescência das ideias da época. O código praticamente ignorava as contribuições do positivismo criminológico, em franca ascensão, o que forçava a produção da legislação extravagante. Com efeito, a virada do século introduzira na reflexão penal brasileira, de maneira profunda, o pensamento positivista e determinista, que se fez presente durante muitas décadas, onde encontrou inúmeros adeptos<sup>8</sup>. O terreno fértil destas teses no Brasil foi decisivo na formação de um pensamento racista que marcou de forma indelével o direito penal brasileiro.<sup>9</sup>

Nilo Batista sustenta que boa parte das críticas endereçadas ao Código de 1890 se dava justamente porque o diploma fracassava na “programação criminalizante dos alvos do sistema penal da Primeira República”, que seriam justamente os imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas e cáftens.<sup>10</sup>

Abandonado o Projeto de Virgílio Sá Pereira, um novo projeto de Código Penal foi articulado, desta vez sob a responsabilidade de Alcântara

---

<sup>8</sup> O próprio projeto de Virgílio de Sá Pereira, de 1927, já refletia forte influência do pensamento positivista. Exemplificando, no que se refere à culpabilidade, tratava-a em um capítulo longo, onde, dentre outras coisas, determinava que a quantidade da pena deveria estar diretamente relacionada com a periculosidade do agente – um conceito nitidamente positivista. Por outro lado, tratava a reincidência sob um prisma antropológico, como espécie de tendência irrefreável para o delito. (ASUA, Luiz Gimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. v. 1. tomo I. 5. ed. Buenos Ayres: Losada S.A., 1950) É de Roberto Lyra, em sua primeira fase um ardoroso defensor dos conceitos positivistas no Brasil, a ideia de que Lombroso foi uma figura equiparada a Beccaria, formando ambos “a dupla de *cesares* do direito penal”. Ainda segundo este autor: “*Cesare Beccaria disse ao homem: conhece a Justiça; Cesare Lombroso disse à Justiça: conhece o homem*”. (LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Konfino. 1953).

<sup>9</sup> Necessário mencionar os estudos de Nina Rodrigues. Maranhense de nascimento, Raimundo Nina Rodrigues graduou-se em medicina, o que talvez explique sua afinidade com as ideias de Lombroso e Garofalo. Fixou-se em Salvador, onde foi o titular da cadeira de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Bahia, por muitos anos. Discípulo fiel do positivismo jurídico penal e fundador, no Brasil, da antropologia criminal, foi considerado pelo próprio Lombroso um “*apóstolo da antropologia criminal no Novo Mundo*” (LYRA. Op. cit. p.41). A admiração era recíproca, já que Nina Rodrigues a ele dedicou sua obra mais famosa: “*As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*”, publicado pela primeira vez em 1894. Neste livro, Nina Rodrigues afirma uma visão marcadamente racista, da qual decorrem seus postulados e suas propostas, procurando desconstituir a ideia clássica da responsabilidade criminal baseada na liberdade ou no livre arbítrio, buscando, ainda, demonstrar que o homem e seu destino estão ditados por uma inexorabilidade biológica que se lhes é conferida no nascimento: a etnia. Nina Rodrigues deixa clara sua filiação integral às concepções deterministas, tão em voga na época, e que embalaram os ideais positivistas. A originalidade do autor foi, contudo, adaptar o arcabouço das ideias deterministas e positivistas nascidas entre italianos e franceses à realidade brasileira, notadamente no aspecto da miscigenação das raças, bem como nas eventuais repercussões que esta miscigenação poderia ter na esfera penal (RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Cia. Editora Nacional, 1938).

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 446.

Machado e sob a coordenação do então Ministro da Justiça, Francisco Campos. O esboço foi completado em 1938, demarcando um profundo viés político e a nítida influência dos dogmas positivistas, com a incorporação de categorias como a de “delinquente por tendência”. Todavia, foi a partir da instalação da comissão revisora, da qual participaram, dentre outros, Nelson Hungria e Roberto Lyra, que o novo código foi sendo efetivamente matizado e ganhou o formato final que acabou sendo sancionado por Getúlio Vargas, em dezembro de 1940.

Francisco de Assis Toledo, lembrando Costa e Silva, nota que é no mínimo curioso que um código nascido em um Estado ditatorial, influenciado por um diploma fascista, tenha permanecido fiel à tradição liberal já presente no Código do Império. Prova disto, lembra o penalista, foi a não adoção da pena de morte e tampouco da prisão perpétua, adotadas no código italiano de Rocco que lhe servira de modelo<sup>11</sup>. A mesma impressão tinha Heleno Fragoso, para quem o Código de 1940 incorporava as bases de um direito punitivo democrático e liberal<sup>12</sup>.

Nitidamente, o Código de 1940 abria ao direito penal uma vertente de proteção e interesses coletivos, a que Nilo Batista chama de política criminal intervencionista, e que se tornaria, mais tarde, a tendência político-criminal do final do século, como na classificação da administração pública como bem jurídico tutelável, por exemplo. A legislação extravagante que emergiu no período também denota esta vertente, como se vê da edição da lei de economia popular, com a criminalização da usura (Dec. 22.626/33)<sup>13</sup>.

A despeito dos traços de conformação liberal do Código de 1940, a política criminal então vigente não se despregava da contingência política em que nascia: era fruto de um Estado antidemocrático que, paralelamente à grade de valores economicamente liberais, voltava-se à repressão política<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63

<sup>12</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 1991. *passim*.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. p. 466

<sup>14</sup> Nilo Batista pontua que o alvo da repressão política do subsistema penal era o Partido Comunista e os membros da Ação Integralista Brasileira. (Ibid. p. 467)

A legislação extravagante que sucedeu a edição do Código de 1940, não obstante sua instrumentalização política voltada à repressão, apontava para um movimento de modernização, passando a tratar, por exemplo, de crimes falimentares (Lei 7.661/45), crimes eleitorais (Lei 4.737/65), assumindo uma tendência que se perpetuou a partir de 1964<sup>15</sup>.

O código de 1940, todavia, a exemplo daquele de 1890, não expressava o pensamento atualizado da doutrina. Cedo despertou nos meios acadêmicos e jurídicos o interesse em modificá-lo, tendo em vista os avanços que a dogmática apresentava no plano internacional. Mais que isto, era marca indelével do estatuto de 1940 sua vertente nitidamente repressiva e sua filiação a um direito penal que priorizava a pena privativa de liberdade como única possível. Por outro lado, a despeito da posição de Hungria, os ventos do finalismo já sopravam por aqui, com a admissão cada vez mais corrente da feição normativa da culpabilidade, a desvinculação da consciência da ilicitude do próprio dolo, tudo decorrente de um novo conceito de ação penalmente relevante<sup>16</sup>.

O contexto histórico social e político do país motivou a apresentação, em 1963, de novo anteprojeto de Código Penal, elaborado pelo próprio Nelson Hungria que, depois de revisado por uma comissão<sup>17</sup>, resultou no Código Penal de 1969.

Ocorre que a edição deste estatuto já se deu sob a égide de outra ordem autoritária. Sua finalização foi seriamente conturbada e diversas circunstâncias concorreram para que fosse muito mal recebido pelos meios jurídicos. Seu período de *vacatio legis* foi sendo prorrogado sucessivamente até que, em 1978, durante o governo Geisel, o diploma foi expressamente revogado<sup>18</sup>, sem que jamais tivesse entrado em vigor.

---

<sup>15</sup> Nilo Batista agrupa as leis penais extravagantes deste período em cinco grandes grupos: leis que fizeram correções na legislação anterior; leis concernentes à intervenção econômica e delitos fiscais; leis de um direito penal ambiental moderado; leis de proteção da administração pública e patrimônio público, e finalmente leis de proteção especial a sujeitos fragilizados, como a lei que criminalizou o genocídio (Ibid. p. 475 - 477).

<sup>16</sup> Veja-se sobre esta influência já bastante nítida em: FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. ***Direito Penal***. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, [19--]. p. 33, nota 7.

<sup>17</sup> Participaram da Comissão Revisora do anteprojeto os juristas Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino.

<sup>18</sup> Lei 6.578 de 11/10/1978

Paralelamente, a legislação penal extravagante assumia conceitualmente a doutrina da segurança nacional, incorporando-a às leis penais, como no caso do decreto-lei 314/67, cujo rigor foi ainda acentuado pelo decreto-lei 510/69, culminando com decreto-lei 898/69, que passou a prever a pena de morte e a de prisão perpétua.

Paradoxalmente, a Lei 6.416/77, motivada pela explosão da população carcerária no Brasil, optou pela reforma pontual e parcial do Código Penal de 1940, no tocante às penas. A reforma da política penitenciária brasileira sofria os influxos iniciais de um movimento político-criminal que exerceu grande influência na comunidade jurídica brasileira, especialmente a partir do final da década de setenta, denominado movimento da Nova Defesa Social, que defendia posições mais humanistas e mais democráticas em matéria penal, preconizando a proteção da vítima e um tratamento em suas vias para a criminalidade: para ilícitos de pouca gravidade, propunha a descriminalização e para os demais crimes graves, aí incluídas as infrações a direitos difusos e a criminalidade estatal, defendia a criminalização, com respeito às conquistas do Direito penal liberal<sup>19</sup>.

Por outro lado, a necessidade de readequação da dogmática penal, calcada em novos e mais modernos preceitos criminológicos, já indicava a necessidade de se rever a legislação, com base em novos marcos político-criminais. Assim, o enfraquecimento do regime militar com o movimento da abertura política, no início da década de oitenta, coincidiu com a evolução do projeto de alteração da parte geral do Código Penal.

Em 1980 instalou-se outra Comissão, desta vez incumbida de elaborar novo anteprojeto de reforma do Código Penal em vigor<sup>20</sup>. Desta vez, o projeto era fazer a reforma em duas etapas, tal qual ocorrera na Alemanha, constando, da primeira, a reformulação integral da parte geral, ficando a parte especial para uma segunda fase, que acabou não acontecendo. O projeto foi, finalmente, promulgado pela Lei 7.209/84 e entrou em vigor em 1985.

---

<sup>19</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcello. “Os grandes movimentos da política criminal do nosso tempo – aspectos”. In: ARAUJO JUNIOR., João Marcelo (org.). *Sistema Penal para o Terceiro Milênio – Atos do Colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 69.

<sup>20</sup> A comissão, instalada em 27/11/80 pela Portaria 1.043 do Ministério da Justiça, era composta pelos seguintes membros: Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Helio Fonseca.

A nova parte geral já revelava contornos de uma nova política criminal: para além da adoção dos postulados dogmáticos do finalismo penal, introduzia no Brasil, ainda que timidamente, o sistema das penas alternativas à prisão, além de abandonar a ideia da periculosidade como componente da pena (substituição do sistema duplo binário pelo sistema vicariante) em um inequívoco movimento liberalizante.

Da mesma forma, a Lei de Execuções Penais fazia parte de um projeto mais amplo de reformulação de todo o processo penal, que, igualmente, acabou não acontecendo da forma planejada, já que o Código de Processo Penal de 1941 permanece até hoje em vigor, a despeito das inúmeras intervenções pontuais que lhe foram apostas ao longo dos últimos vinte anos, em prejuízo evidente à racionalidade da prestação da jurisdição penal.

De um ponto de vista bastante elementar, é fácil constatar que o legislador pré-constituente reformulou as duas pontas do sistema legislativo penal: a parte geral do Código Penal e a execução penal - última etapa da prestação jurisdicional. Toda a regulamentação que permeia um momento e outro deste processo restou inconclusa, e assim chegou ao processo constituinte de 1987/88. Mas é inegável que os dois pólos que haviam sido reformados já eram indicativos fortes de um movimento de redefinição da política criminal no Brasil.

## 1.2

### **O cenário na Constituinte**

Não se pode afirmar que o Congresso Constituinte de 1987 estivesse propriamente fundando um projeto de política criminal para o país. Melhor dizendo, não inaugurava e nem rompia, ao menos no campo dogmático, com a situação imediatamente anterior a seu advento. Por outro lado, tampouco se pode afirmar que a constituinte não tenha avançado no tema e não lhe tenha traçado diretrizes próprias.

O fato é que, como se viu, a política criminal no Brasil já iniciara um processo de mudança anterior à redemocratização do país. A constituinte viria



reenquadrando este projeto nas bases do novo modelo de Estado e de sociedade em seus parâmetros democráticos.

Referimo-nos, particularmente à entrada em vigor da nova parte geral do Código Penal de 1940, e também a Lei de Execuções Penais. Ambas as leis foram frutos de um longo e tortuoso processo que pontuou de forma traumática a comunidade jurídica brasileira.

É equivocado supor que os constituintes tenham se debruçado especificamente na reflexão acerca da política criminal a ser implementada no Brasil a partir da nova carta. Mas é verdade que, da leitura dos anais da assembleia, conjugada com o produto final do texto promulgado, é possível se inferir o sentimento e a predisposição do pensamento político neste tema. Ainda que o resultado não tenha tido um formato muito preciso, o que, de resto, se explica pela natureza aberta do texto constitucional, algumas diretrizes restaram claras.

A constituinte se instalou em um ambiente de reafirmação de postulados liberais garantistas, como reação óbvia ao contexto autoritário que marcara o direito penal brasileiro até então. Assim, se o movimento da política criminal que se iniciara na década anterior marcara-se pelos conteúdos dogmáticos de inspiração germânica (teoria do crime, principalmente), a linha mestra que se impunha no momento da constituinte era a principiológica, ligada aos direitos fundamentais.

Igualmente, a assembleia de 1987, adotando uma vertente que já se mostrava presente no contexto do mundo ocidental, encontrou no direito penal uma ferramenta de proteção dos próprios direitos fundamentais, e de direitos coletivos, de matriz humanística e social, tendo sido pródiga no estabelecimento até então inédito, de *mandados constitucionais de penalização*<sup>21</sup>, determinando ao legislador ordinário a criminalização de condutas atentatórias aos direitos humanos, meio ambiente, ordem econômica, entre outras.

---

<sup>21</sup> Sobre o tema, veja-se FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e também GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

Estas duas linhas básicas de definição política – a vertente liberal expressa no extenso rol de direitos fundamentais ligados à matéria penal, particularmente na matéria processual penal e nos direitos do preso, e a vertente comunitária, por assim dizer, da vinculação do legislador ordinário à criminalização de determinadas condutas – estão bastante nítidas no texto final da constituição<sup>22</sup> e denotam a conformação que o direito criminal assumiria na nova ordem. Mas estas duas vertentes não exaurem as opções do constituinte.

Parece-nos que a criação constitucional da categoria dos crimes hediondos<sup>23</sup> revela um terceiro marco político-criminal, que deve ser considerado à parte. Isto porque, analisando-se o processo constituinte de sua elaboração, bem como os contornos que esta nova modalidade de delitos assumiu ao longo dos anos que sucederam a assembleia, é possível concluir que esta opção do constituinte não se ajusta de forma clara às duas linhas acima descritas, seja por seu caráter inusitado e único, quando comparado com constituições de outros países, seja porque reafirma simplesmente um espaço tradicional do direito penal de repressão e proteção da segurança individual. A previsão de crimes hediondos na constituição é essencialmente autóctone, e reflete uma realidade muito própria que precisa ser entendida à parte.

No presente trabalho, estaremos, portanto, trabalhando com a hipótese de que a política criminal estabelecida pelo constituinte de 1988 pode ser inferida a partir destes três aspectos. Vejamos como isto se deu.

### 1.3

#### **Direitos Fundamentais de Natureza Penal – o pacto pressuposto**

O Congresso Constituinte instalado em 1987, a partir da Emenda Constitucional 26/86, prestou-se como marco indelével da reconstrução do Estado

---

<sup>22</sup> Sobre o embate entre forças liberais e comunitárias durante a constituinte de 1987/88, leia-se CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

<sup>23</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. *Artigo 5º, XLIII*: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis 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”

brasileiro, a partir da definição de parâmetros democráticos opostos ao regime militar de caráter autoritário que se findava.

Ainda que sua instalação tenha se dado em meio a intensos debates que criticavam sua composição e legitimidade, na medida em que se tratava de um congresso constituinte<sup>24</sup>, acabou se desenvolvendo ao longo de dois anos, em ambiente de viva participação popular e engajamento de diversos setores da sociedade brasileira.

Os trabalhos da constituinte se deram, inicialmente, em vinte e quatro subcomissões temáticas, agrupadas em oito comissões temáticas, cujos trabalhos desaguaram na Comissão de Sistematização e, posteriormente, nas votações de plenário em dois turnos.

Os temas ligados ao direito penal e ao processo penal concentraram-se na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Comissão I), e mais especificamente na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, ainda que se possam vislumbrar alguns dispositivos ligados ao tema, frutos do trabalho de outras comissões, como é o caso do meio ambiente, ordem econômica e organização do Estado<sup>25</sup>.

O texto final promulgado a 05 de outubro de 1988 continha inúmeros dispositivos de natureza penal ou processual penal (quase uma centena deles), dentre os quais se destacam 29 direitos e garantias expressamente propostos, e 13 comandos expressos de criminalização<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988 – Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.23

<sup>25</sup> Com efeito, há dispositivos constitucionais com mandados expressos de criminalização no artigo 37, §4º (administração pública), artigo 173, §5º (ordem econômica), artigo 225, §3º (meio ambiente), dentre outros.

<sup>26</sup> Estas duas espécies de normas não contemplam ainda diversos outros dispositivos que se referem à distribuição de competência e atribuições de determinadas instituições. Luciano Feldens sistematizou o conjunto destas normas em seis grupos: a) direitos e garantias (e hipóteses de sua restrição); b) normas de competência (legislativas e jurisdicionais); c) normas de atribuição institucional; d) mandados de penalização *lato sensu*; e) normas de não incidência (ou de incidência condicionada da lei penal ou processual penal); f) efeitos decorrentes da ação ou da condenação criminal, ou da prática de ilícito penal. (FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. p. 61 - 67). Para os fins do presente trabalho, em que se busca caracterizar as linhas de política criminal presentes na constituinte, preferimos privilegiar a divisão tripartite já proposta.

De plano, percebe-se que, ainda que dispositivos penais estejam presentes ao longo de todo o texto, resultantes de discussões de diversas comissões e subcomissões, a grande concentração de dispositivos desta natureza esteve mesmo na Comissão I. Por esta razão, sem desconsiderar as demais comissões, optamos por direcionar o foco de nossa pesquisa nesta Comissão e na Comissão de Sistematização. Também porque nos parece que as três vertentes a que nos referimos encontram-se presentes nos trabalhos destas duas comissões e os dispositivos resultantes dos trabalhos das demais acabam por se encaixar no critério classificatório aqui estabelecido.

A Comissão I era composta de constituintes de diferentes partidos e de conformações ideológicas bastante diversificadas<sup>27</sup>. Trabalhou durante o ano de

---

<sup>27</sup> A composição completa da Comissão e da respectiva Subcomissão era a seguinte: COMISSÃO DA SOBERANIA E DOS DIREITOS E GARANTIAS DO HOMEM E DA MULHER: Composição: Presidente: Mário Assad — PFL-MG, 1º Vice-Presidente: Aécio Neves — PMDB-MG, 2º Vice-Presidente: Anna Maria Rattes — PMDB- RJ, Relator: José Paulo Bisol — PMDB-RS, Titulares: PMDB: Aluízio Bezerra; Fábio Lucena; Humberto Lucena; José Paulo Bisol; Aécio Neves; Anna Maria Rattes; Antônio Câmara; Antônio Mariz; Délio Braz; Djenal, Gonçalves; Geraldo Bulhões; Gonzaga Patriota; João Agripino; João Herrmann Neto; João Rezek; Joaquim Haickel; José Carlos Greco; José Mendonça de Moraes; José Viana; Lúcia Vânia; Luiz Viana Neto; Maguito Vilela; Manuel Viana; Maurício Nasser; Maurílio Ferreira Lima; Milton Barbosa; Milton Lima; Paulo Almada; Francisco Rollemberg; Raul Belém; Samir Achôa; Uldorico Pinto; Ziza Valadares. PFL: Albérico Cordeiro; Antônio Ferreira; Cleonânio Fonseca; Costa Ferreira; Homero Santos; Jairo Azi; João Menezes; Jonival Lucas; José Mendonça Bezerra; Lúcia Braga; Odacir Soares; Orlando Pacheco; Sarney Filho; Victor Trovão; Mário Assad. PDS: Adauto Pereira; Narciso Mendes; Darcy Pozza; Ubiratan Spinelli. PDT: José Fernandes; Lysâneas Maciel; Roberto D' Ávila. PTB: Dirce Quadros; Jaime Paliarin. PT: João Paulo Pires. PDC: Vago. PL: José Carlos Coutinho. PDC: Vago. PC do B: Vago. Suplentes – PMDB: Paulo Macarini; José Ignácio Ferreira; Leite Chaves; Mansueto de Lavor; Meira Filho; Aloísio Vasconcelos; Aloysio Teixeira; Antônio de Jesus; Arnaldo Moraes; Benedicto Monteiro; Borges da Silveira; Cid Carvalho; Cristina Tavares; Eliel Rodrigues; Fábio Feldmann; Flávio Palmier da Veiga; Francisco Küster; Hélio Duque; Jorge Uequet; Luís Roberto Ponte; Maria Lúcia; Mário Lima; Matheus Iensen; Maurício Pádua; Nyder Barbosa; Osvaldo Macedo; Paulo Zarzur; Renan Calheiros; Rita Camata; Sérgio Spada; Sigmaringa Seixas; Sílvio Abreu; Theodoro Mendes; Vingt Rosado. PFL: Afonso Arinos; Cristóvam Chiaradia; Edme Tavares; Flávio Rocha; Jairo Carneiro; Jesualdo Cavalcanti; João Machado Rollemberg; José Teixeira; Lourival Baptista; Maluly Neto; Manoel Castro; Maria de Lourdes Abadia; Paulo Marques; Rita Furtado; José Thomas Nonô. PDS: Arnold Fioravante; Artenir Werner; Felipe Mendes; Jarbas Passarinho. PDT: Farabulini Júnior; José Egreja; PT: Benedita da Silva; Vladimir Palmeira. PDC: Sotero Cunha. PC do B: Lídice da Mata. Secretário: Carlos Brasil de Araújo. SUBCOMISSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS - Composição: Presidente: Antonio Mariz — PMDB-PB, 1º Vice-Presidente: Lúcia Braga — PFL-PB, 2º Vice-Presidente: Antônio Câmara — PMDB-RN, Relator: Darcy Pozza— PDS-RS. Titulares – PMDB: Délio Braz; Antonio Câmara; Antonio Mariz; Djenal Gonçalves; Joaquim Haickel; José Mendonça de Moraes; José Viana; Lúcia Vânia; Maguito Vilela; Raul Belém. PFL: Jairo Azi; Lúcia Braga; Jonival Lucas; José Mendonça Bezerra; Costa Ferreira. PDS: Darcy Pozza; Narciso Mendes; Ubiratan Spinelli. PDT: José Fernandes. PTB: Dirce Quadros. PL: José Carlos Coutinho. Suplentes – PMDB: Mansueto de Lavor; Maria Lúcia; Meira Filho; Maurício Pádua; Aloysio Teixeira; Nyder Barbosa; Antônio de Jesus; Osvaldo Macedo; Eliel Rodrigues; Rita Camata; Francisco Kuster; Theodoro Mendes. PFL: Maluly Neto; Edme Tavares; José Thomas Nonô; Lourival Baptista; Afonso Arinos. PDS: Arnold Fioravante; Jarbas Passarinho; Felipe Mendes. PDT: Airton Cordeiro. PTB: Farabulini Júnior. PL: Vago. Secretário: Albia Tobias.

1987, tendo encaminhado à comissão de sistematização um anteprojeto de capítulo que continha diversas disposições de natureza criminal.

Todavia, da leitura dos anais da constituinte relativos aos trabalhos desta comissão, percebe-se que o resultado do trabalho não reflete diretamente a natureza dos debates. É que, no que se refere à temática penal, alguns assuntos praticamente monopolizaram a atenção dos constituintes, como a adoção da pena de morte, a criminalização do aborto e a tortura, enquanto outros, como direitos dos presos e garantias processuais, praticamente não foram tocados, muito embora do projeto da subcomissão já constasse um alentado rol destes direitos.

Muito também se discutiu sobre a pena de prisão perpétua, a questão da impunidade, do racismo, a demanda por repressão mais severa para crimes graves e o problema da insegurança nas grandes cidades, mas nenhum destes assuntos se comparou, em extensão, calor de debates e recorrência nas reuniões, quanto a pena de morte, bandeira defendida principalmente pelo Constituinte Amaral Netto (PDS/RJ).

A comissão trouxe diversos representantes de setores da sociedade civil para audiências públicas, com vistas a trazer subsídios aos constituintes<sup>28</sup> sobre temas correlatos aos tratados nas respectivas subcomissões. Invariavelmente, a todos os convidados, foi indagada sua posição sobre a pena de morte e a pena de prisão perpétua, seja pelo próprio constituinte Amaral Netto, seja pelo constituinte Eliel Rodrigues (PMDB/PA), também defensor da tese.

A defesa da pena de morte esteve sempre fundada na suposta necessidade de se punir de forma diferenciada uma classe especial de crimes de maior gravidade. O constituinte Amaral Netto ainda buscou nas demandas da própria sociedade a implantação desta espécie de pena no Brasil. De fato, em 20/06/87, o Deputado afirmava que o PRODASEN, naquele momento, contabilizava que em primeiro lugar nas sugestões populares estaria a reforma

---

<sup>28</sup> Citem-se, como exemplos, Marcio Thomaz Bastos, Presidente do Conselho Federal da OAB; Candido Mendes, pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz e Conselho de Ciências Sociais da UNESCO, além de membro da Comissão Afonso Arinos; Jacqueline Pitanguy (Conselho Nacional dos Direitos da Mulher); Jose Calixto Ramos (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria). (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplementos aos n°s 62, 63, 66, 78, 79, 80, 81, 82, 83,87 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987).

agrária (4863), em segundo lugar a pena de morte (4601), em quarto lugar a segurança pública em geral (2402) e em quinto lugar as modificações no Código Penal (692)<sup>29</sup>. De outro lado, os argumentos contrários variavam no espectro ideológico, desde aspectos criminológicos, até religiosos<sup>30</sup>. O presidente da Comissão, constituinte Antonio Mariz (PMDB/PB), em todas as vezes que o assunto esteve em debate, manifestou-se contrariamente, argumentando com base no fundamento de ressocialização que a pena deve ter<sup>31</sup>.

O assunto esteve presente em praticamente todas as reuniões em que a questão criminal esteve em pauta, mas, em nenhuma das fases de elaboração do texto constitucional, a previsão da pena de morte chegou a constar da forma como pretendida pela bancada que a defendia.

O texto proposto pela Subcomissão dispunha: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e de confisco, ressalvados, quanto à prisão perpétua, a legislação aplicável em caso de guerra externa, e os crimes de estupro ou sequestro, seguidos de morte.” Este mesmo texto foi mantido no anteprojeto da Comissão temática. O primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização previu a pena de morte em caso de guerra externa, previsão esta sucessivamente retirada no segundo substitutivo e na redação final da Comissão de Sistematização. Por fim, no texto aprovado em primeiro turno do plenário, a pena de morte voltou a ser prevista em caso de guerra, o que acabou prevalecendo no segundo turno das votações<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento aos nº 81 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>30</sup> Na audiência pública a que compareceu Candido Mendes, quando instado a se manifestar acerca de sua posição diante da pena de morte, respondeu que pena de morte seria mero “*corretivo simbólico*” e que haveria uma “*profunda repugnância do ethos cultural brasileiro a este tipo de colocação*”. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 66 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987).

<sup>31</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>32</sup> Primeiro substitutivo: “§ 27 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados ou de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa”. Segundo substitutivo: “§ 21 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados ou de banimento”. Texto do projeto final da Comissão de Sistematização: “§ 23 - Não haverá pena de morte nem de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou de banimento”. Texto aprovado em primeiro turno da votação plenária: “§ 24 - Não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nem de caráter perpétuo, de trabalhos forçados

Justifica-se. Conquanto as temáticas da violência urbana e da pouca rigidez da legislação penal estivessem sempre presentes e tenham influenciado diretamente o resultado final, o espírito da constituinte era, naquele momento, conciliador e libertário, e, diante de propostas de outorgar ao Estado poderes repressores muito fortes, optou, em praticamente todas as vezes, pela via liberal, refletindo a desconfiança que o processo histórico recente infundira com relação ao Estado e seu antagonismo com o indivíduo.

Isto talvez explique a ausência quase que total de discussões acerca do conteúdo do rol dos direitos fundamentais de primeira geração relativos à matéria penal em todo o processo constituinte. Nada obstante, desde a subcomissão, o projeto já contemplava um extenso rol destes direitos<sup>33</sup>, prevendo praticamente todos os direitos que acabaram aprovados no texto final. O mesmo rol prevaleceu no anteprojeto da Comissão e, posteriormente na Comissão de Sistematização, em seus diversos substitutivos, indicando que a matéria estava praticamente pressuposta e refletia um consenso pré-agendado.

De fato, os anais da Comissão relatam pouquíssimas alusões a estes direitos<sup>34</sup> e não há registro de debates ou desavenças sobre sua redação ou mesmo conteúdo. Registre-se, todavia, a intervenção de Marcio Thomaz Bastos, em audiência pública a que compareceu na condição de Presidente do Conselho Federal da OAB, defendendo que os direitos fundamentais estivessem expressamente enunciados na Constituição, já que o país saía de um período de violações sistemáticas a estes direitos, de balde estivessem previstos no texto da Carta<sup>35</sup>.

---

ou de banimento”. O texto promulgado consta do artigo 5º, XLII, assim disposto: “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.”

<sup>33</sup> Deste projeto já constavam dispositivos relativos a individualização da pena, devido processo legal, irretroatividade da lei penal, presunção de inocência até trânsito em julgado da sentença condenatória, direito ao silêncio, desnecessidade de identificação criminal para o já identificado civilmente, juiz natural, ampla defesa, contraditório e direitos do preso em geral.

<sup>34</sup> Na audiência pública a que esteve presente o Professor Cândido Mendes, este reafirmou a necessidade de se protegerem os direitos dos presos e a proteção da presunção de não-culpabilidade, no que não foi contrariado (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões . Suplemento ao nº 66 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987).

<sup>35</sup> Indagado nesta oportunidade sobre a proposta já então colocada à Comissão, de constar na Constituição a previsão da tortura como crime imprescritível, inafiançável e insuscetível de concessão de anistia, preferiu defender a conscientização da sociedade como mecanismo de

É importante lembrar que o momento da constituinte coincidia com um amplo processo de revisão crítica da sociedade e do Estado brasileiros. O pensamento criminológico reinante reverberava o passado recente em que o direito penal se identificara com o instrumental de poder antidemocrático instalado no Brasil e em boa parte da América Latina. Também, com a democratização, assumem certo protagonismo no cenário acadêmico as correntes mais à esquerda do pensamento político-jurídico e, no que se refere à criminologia propriamente dita, começam a ganhar notoriedade as teses da criminologia crítica e a criminologia radical. O garantismo era uma aspiração abrangente, conquanto ainda não sistematizado doutrinariamente no país.<sup>36</sup>

Em síntese, o momento da constituinte foi, indiscutivelmente, de reafirmação dos postulados fundamentais de proteção do indivíduo contra as eventuais investidas do Estado punitivo, e esta condição estava pré-determinada e não foi objeto de dissenso, praticamente. A Constituição de 1988 refletiu de forma natural este momento, na salvaguarda, em cláusulas pétreas, de um rol de direitos individuais de primeira geração e, como tal, de cunho claramente garantista e protetivo.

A demonstrar a afirmativa, veja-se que o Projeto da Comissão Afonso Arinos já previa um rol semelhante destes direitos. De fato, ao convocar a Assembleia Constituinte, o Presidente José Sarney chegou a nomear uma comissão, presidida pelo então Senador Afonso Arinos, composta por juristas e representantes da sociedade civil, com vistas à elaboração de um anteprojeto de Constituição que, todavia, não chegou a ser apresentado pelo presidente à Assembleia. Apesar disto, o texto da Comissão Afonso Arinos é referência importante porque testemunha o momento e o ambiente histórico em que se deu todo o processo e reflete a cultura jurídica que predominava naquele momento. A leitura do projeto Afonso Arinos aponta para um rol de garantias fundamentais de relevância penal e processual que se assemelha em parte àquele que acabou incorporado no texto aprovado. Estavam lá previstos o princípio da legalidade e

---

prevenção a esta espécie de crime (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões . Suplemento ao nº 66 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987).

<sup>36</sup> O panorama doutrinário das décadas de 70 e 80 no país será enfrentado no capítulo IV deste trabalho.



da anterioridade, o devido processo legal, juiz natural, instituição do júri, proibição da pena de morte, além de garantias processuais, como o *habeas corpus*<sup>37</sup>.

Da mesma forma as Constituições de Portugal e Espanha, que de certa forma serviram de modelo à nacional, nas quais também existe rol de direitos fundamentais ligados à matéria penal muito próximo ao que passou a constar na carta brasileira. Em ambas, os enunciados também traduzem a reação sintomática ao passado autoritário recente destes dois países.

A necessidade da constitucionalização de determinados direitos ligados à matéria penal formava, portanto, um substrato ético natural que permeava as discussões naquele momento, acima de controvérsias relevantes. Os verdadeiros embates ideológicos da constituinte ficaram mais focados na ordem econômica e social.

---

<sup>37</sup> Válido transcrever alguns dos dispositivos do texto do projeto Afonso Arinos, relativos ao tema: “**Art. 34.** A lei assegurará a individualização da pena e da sua execução, dentro de um regime definido, que compreenderá: I – privação da liberdade; II – perda de bens, no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, em desempenho direto ou delegado, ou na condição de administrador de empresa concessionária de serviço público, entidade de representação profissional, sociedade de economia mista ou instituição financeira de economia popular; III – multa; IV – realização de prestação social alternativa à prisão, na forma da lei; V – suspensão ou interdição de direitos. § 1º – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e de confisco, salvo, quanto à pena de morte, nos casos de aplicação de lei militar em tempo de guerra com país estrangeiro. § 2º – Nenhuma pena passará da pessoa do responsável. A obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens poderão ser decretados e executados contra os sucessores, até o limite do valor do patrimônio transferido, e de seus frutos. § 3º – Será ministrada ao preso educação a fim de reabilitá-lo para o convívio social. § 4º – A privação da liberdade do condenado, cumprida a pena, importa crime de responsabilidade civil do Estado”. “**Art. 38.** É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, salvo autorização da justiça, nos casos previstos em lei, por necessidade de investigação criminal”. “**Art. 41.** Os presos têm direito ao respeito de sua dignidade e integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, à comunicabilidade e ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei. **Art. 42.** Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena, sem prévia cominação legal. Parágrafo único – A lei penal somente retroagirá quando beneficiar o réu. **Art. 43.** Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos expressos em lei. § 1º – O preso tem direito à assistência de advogado de sua escolha, antes de ser inquirido, a ser ouvido pelo juiz e à identificação dos responsáveis pelo interrogatório policial. § 2º – Presume-se não incriminatório o silêncio do acusado durante o interrogatório policial, sendo vedada a sua realização à noite e, em qualquer ocasião, sem a presença do advogado ou de representante do Ministério Público. § 3º – Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, se prestar fiança permitida em lei. § 4º – A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora. § 5º – A prisão e o local em que se encontra o preso serão logo comunicados à família ou à pessoa por ele indicada. § 6º – Ninguém será processado nem sentenciado, senão pela autoridade competente, e na forma da lei anterior. § 7º – Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa. **Art. 44.** Dar-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.”

Tampouco se pode desconsiderar o fato de que todas as Constituições brasileiras que antecederam a vigente traziam enunciados em matéria penal, sendo que o conteúdo de alguns destes permaneceram praticamente inalterados na Carta de 88. Houve, isto sim, a sensível ampliação deste rol e o detalhamento de alguns destes direitos, mas boa parte da matéria considerada estava, como já dissemos, pressuposta.

Veja-se, por exemplo, que princípios como o do devido processo legal, ampla defesa, juiz natural, anterioridade, e alguns direitos dos presos já faziam parte das previsões das constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, e mesmo nas de 1967 e 1969.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> A Carta de 1824, por exemplo, dispunha em seu artigo 179: “VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.” Já a Constituição de 1891 previa: “Artigo 72: § 13 - A exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente. § 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir. § 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada. § 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”. Por sua vez, o texto em 1934 vinha assim: “21) Ninguém será preso senão em flagrante delicto, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora. 22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuidos. 23) Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o habeas, corpus. 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a esta. 25) Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas. 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita. 27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.” Em 1937, a Carta previa em seu artigo 122: “11) à exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. Em 1946, de forma mais ampla, o texto era: “§ 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delicto ou, por ordem escrita da autoridade competente,

Percebe-se, portanto, que mesmo naquelas constituições havidas em momentos de regimes não democráticos, enunciados de proteção do indivíduo frente ao Estado em matéria penal sempre estiveram presentes, em maior ou menor extensão. O trabalho do constituinte de 1988 era, portanto, não o de debater estes conteúdos, propriamente, mas garantir os enunciados de forma detalhada e ampliar alguns destes direitos, o que foi feito, conforme dito, sem muitas controvérsias. Obviamente que o maior trabalho seria fazer com que a história assumisse e confirmasse o caráter normativo destas disposições, não como aspirações abstratas e vagas, mas como direitos vindicáveis.

Sabe-se que o trâmite do processo constituinte durante os trabalhos da Comissão de Sistematização sofreu entraves sérios, e foi o cenário de embates ideológicos suprapartidários que alteraram os rumos da constituinte. Foi neste momento que surgiu o chamado “Centrão” que, aglutinando as forças conservadoras da Assembleia, obteve a revisão do regimento desta, com resultados decisivos em temas como a ordem econômica e a concepção do Estado<sup>39</sup>.

Todavia, no que se refere aos dispositivos constitucionais de natureza penal, pouca influência teve o episódio. Na verdade, as divergências ocorridas nas

---

*nos casos expressos em lei. § 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei. § 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora. § 23 - Dar-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. Nas transgressões disciplinares, não cabe o habeas corpus. 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória. § 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”. Em 1967 e 1969, o rol dispunha: “§ 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal. § 13 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena. § 14 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção. § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.*

<sup>39</sup> Os contornos precisos do presente trabalho impossibilitam uma descrição mais aprofundada destes fatos. Sobre o tema, no entanto, veja-se PILATTI, Adriano, *A Constituinte de 1987-1988 – Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. passim.*

votações na Comissão de Sistematização foram pontuais e não implicaram em alteração essencial das diretrizes básicas já propostas na comissão temática e traduzidas pelo primeiro substitutivo do Relator Bernardo Cabral. A exceção que se poderia apontar está no dispositivo que criou a categoria dos crimes hediondos. Porém, nem mesmo este exemplo se presta, na medida em que, conforme veremos, a aprovação deste dispositivo se deu de forma independente da interferência do “Centrão”.

Digna de registro a inclusão entre os direitos de primeira geração do dispositivo acerca da presunção de não culpabilidade<sup>40</sup>, cuja extensão de significado era inédita no constitucionalismo brasileiro. De fato, o texto do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos tinha uma conformação mais tradicional, na moldura de textos europeus, prevendo em seu artigo 43, § 7º: “Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”.

O texto referente à presunção de não culpabilidade que acabou aprovado vai além e exige trânsito em julgado da sentença condenatória para formação da culpa. O direito já constara do anteprojeto da subcomissão e foi mantido nas etapas seguintes com pequenas alterações que jamais comprometeram seu conteúdo. O destaque que ora se faz a este dispositivo se deve ao fato de que o princípio nele preservado acabou por ser invocado seguidas vezes, nos anos que se seguiram, pela jurisprudência do STF, definindo uma tônica peculiar ao garantismo aplicado no Brasil<sup>41</sup>. O dispositivo tornou-se, pois, um marco importante da configuração da política criminal no Brasil pós-88.

---

<sup>40</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 5º, LVII**: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>41</sup> De fato, os limites da presunção de inocência frequentam seguidos e constantes debates no STF. Paradoxalmente, a controvérsia que ganhou mais notoriedade se deu em feito não criminal, mas eleitoral. A Corte foi chamada a julgar a constitucionalidade do veto de registros de candidaturas de pessoas com condenações criminais não transitadas em julgado. Em 2008, a Corte entendeu que o artigo 14, § 9º da CRFB necessitava de regulamentação por lei complementar, mas parte dos membros decidiu pela elegibilidade, invocando o princípio da presunção de inocência. Em 2010, o tema voltou à Corte, já sob a égide da Lei Complementar 135/2010 que prevê a inelegibilidade em decorrência de condenações criminais proferidas por órgãos colegiados, ainda que não transitadas em julgado.

### 1.3.1

#### A questão da tortura

A grande preocupação no momento da constituinte, no que se refere aos direitos fundamentais de natureza penal, não estava na sua previsão textual, mas na garantia de sua efetividade, já que, conforme lembrava Marcio Thomaz Bastos, a previsão destes direitos nas sucessivas constituições não impedira sua violação sistemática ao longo da história do país. Esta preocupação se mostra nítida na questão da tortura.

Assim como as discussões acerca da pena de morte, o tema da tortura foi insistentemente recorrente nos trabalhos da constituinte, seja na comissão temática, seja na Comissão de Sistematização. Talvez, nenhum outro assunto denotasse de forma tão eloquente o trauma do período autoritário recente quanto este.

Testemunho importante sobre a relevância que o assunto tinha naquele momento está no texto do Anteprojeto Afonso Arinos, cujo artigo 16, em seu parágrafo único, assim previa: “Art. 16. Parágrafo único – A tortura, a qualquer título, constitui crime inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição.”

O fim do ciclo militar possibilitou que o tema fosse amplamente divulgado e que as denúncias de abusos por parte de agentes do aparato estatal viessem à tona. Em 1985, a arquidiocese de São Paulo, liderada por Dom Paulo Evaristo Arns, publicou o livro “Brasil – Nunca Mais”<sup>42</sup>, no qual são relatados episódios de tortura ocorridos no país durante o período autoritário militar. A publicação foi resultado de uma pesquisa que reuniu depoimentos de algumas vítimas, relatos de entidades voltadas à proteção dos direitos humanos, além de cópias de processos políticos que haviam tramitado perante a justiça militar no período de abril de 1964 e março de 1979.

A repulsa ao ignominioso crime ganhou as páginas dos jornais, frequentou as escolas e academias e chegou ao processo constituinte ainda sob o

---

<sup>42</sup> ARQUIDIOCESE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *BRASIL: nunca mais*. Prefácio de Dom Evaristo Arns. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

influxo de novas denúncias e novos relatos. A lei da anistia de 1979 (Lei 6683 de 28/08/79) encarregara-se de impedir a punição pela via judicial destes crimes, e, ao constituinte de 1987, restava firmar uma posição clara de rejeição à prática<sup>43</sup>.

Já na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, veio a proposta do constituinte Jamil Haddad (PSB/RJ) para que no texto constitucional constasse que a tortura deveria ser tipificada como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, proposta esta que ganhou o acréscimo da sugestão da constituinte Lucia Vânia, para que figurasse também como imprescritível<sup>44</sup>.

Registre-se que, embora este tenha sido o primeiro momento de todo o processo constituinte em que a proposta de dar tratamento mais rigoroso a uma categoria de crimes foi aventado, a Comissão Afonso Arinos já propusera deliberação semelhante. Mais para frente, veremos que daí nasceu o dispositivo referente aos crimes hediondos.

A proposta foi reforçada em diversas outras oportunidades e sua aprovação não encontrou resistência, seja na subcomissão, seja na comissão temática.

O projeto aprovado na subcomissão previa: “A tortura, a qualquer título, é crime de lesa-humanidade, inafiançável e insuscetível de anistia e prescrição, devendo responder por ele, tanto os mandantes como os executores”. Mais adiante, o projeto ainda dispunha: “VII - a tortura, a produção e o tráfico de tóxicos constituem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição, na forma da lei”.

---

<sup>43</sup> Passados 20 anos da promulgação da Constituição, o tema da tortura praticada durante o regime militar permanece insepulto. O assunto voltou a frequentar as discussões jurídicas e acadêmicas, acerca da possibilidade de se punirem tais crimes, a despeito do disposto pela referida lei de anistia. A questão foi devolvida ao Supremo Tribunal Federal, pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), onde era requerido que o tribunal se pronunciasse acerca da interpretação do artigo 1º, parágrafo 1º da lei 6.683 de 1979. Em abril de 2010, a Corte decidiu que os crimes praticados por militares e policiais - como a tortura e o desaparecimento de pessoas - durante o regime militar estão cobertos pela referida lei. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 153/DF. rel: Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 06 ago. 2010. p. 01)

<sup>44</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 80 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

Conforme veremos mais à frente, a inclusão do crime de tráfico de drogas neste dispositivo obedeceu à outra lógica que será ainda analisada.

Na comissão temática, o tema sofreu apenas alterações de estilo, permanecendo praticamente inalterado seu conteúdo:

A mais grave ofensa à vida, à existência digna e à integridade física e mental é a tortura, crime de lesa-humanidade, a qualquer título, insuscetível de fiança, prescrição e anistia, respondendo por ele os mandantes, os executores, os que podendo evitá-lo, se omitirem, e os que, tomando conhecimento dele, não o comunicarem na forma da lei.

No tema da tortura, o primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização abandonava a condenação enfática e emocionada do crime, priorizando uma linguagem mais seca e objetiva: "Ninguém será submetido a tortura, a penas cruéis, ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática da tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia".

O segundo substitutivo vinha com a inclusão do tráfico de drogas, tal como previsto na Comissão temática: "Ninguém será submetido a tortura, ou a tratamento desumano ou degradante. A prática de tortura e de tráfico ilícito de drogas são crimes imprescritíveis, inafiançáveis, e insuscetíveis de concessão de anistia ou indulto, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado".

Por fim, o projeto final da comissão e sistematização enviado ao plenário excluía mais uma vez o tráfico de drogas do dispositivo, ampliando a punibilidade subjetiva da conduta: "Ninguém será submetido à tortura, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia, por ele respondendo os mandantes, os executores, e os que, podendo evitá-lo ou denunciá-lo, se omitirem".

Durante a votação da Comissão de Sistematização, a necessidade de se destacar a proibição da tortura em artigo separado, e não em conjunto com crimes como tráfico de drogas, foi defendida por Plínio de Arruda Sampaio

(PT/SP)<sup>45</sup>. Ao final, o texto promulgado acabou por contemplar a tortura em dois dispositivos distintos: um na forma de proibição pura e simples (artigo 5º, III) e outro na forma de mandado de penalização em conjunto com crimes hediondos (artigo 5º, XLIII).<sup>46</sup>

Também objeto de crítica foi a proposta de imprescritibilidade do crime de tortura, apontada pelo constituinte Egídio Ferreira Lima (PMDB/PE) como sendo expressão da lei de Talião, ocasião em que o constituinte Lysâneas Maciel (PDT/RJ) proferiu o discurso mais contundente sobre o tema, avançando na questão dos próprios fundamentos da pena<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Comissão de Sistematização, Ata da Votação do Projeto de Constituição do Senhor Relator Bernardo Cabral, 32ª. Reunião Extraordinária de 24 de setembro a 18 de novembro de 1987, Volumes I e II, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 986.

<sup>46</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. “**Art. 5º.** (...) **III** - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; **XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis 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”.

<sup>47</sup> A fala do constituinte foi a seguinte: “*O SR. CONSTITUINTE LYSÂNEAS MACIEL — Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, os mais recentes estudos acerca dos efeitos da tortura e da violência sobre o ser humano concluíram que tais efeitos têm que ser analisados a longo, médio e curto prazos. Segundo trabalhos realizados, na Europa, tendo em vista não a situação recente, mas da época da barbárie desencadeada pelos holo-caustos ali verificados e em outros continentes, em que se destruiu completamente a personalidade, os efeitos da tortura e da violência praticadas contra o ser humano duram até vinte e cinco anos. É preciso punir exemplarmente aqueles regimes e aquelas autoridades que têm por hábito utilizar a violência e a tortura para obter resultados políticos e esmagar a revolta da consciência, contra situação de injustiça. Aqueles estudos revelam que a humanidade tem sido extremamente complacente com os que se utilizam dos métodos de violência. A conclusão foi a mesma a que chegamos na época da violência que se estabeleceu neste País, em que pedíamos, muitas vezes, o corpo das vítimas; em que procurávamos saber onde estava determinado prisioneiro, porque sequer a identificação dos corpos dos prisioneiros e dos torturados podia ser obtida pelas mães. E a resposta que as autoridades davam, de maneira cínica, que até hoje não foi coibida neste País, era a de que desconheciam onde ré encontra o prisioneiro Fulano de Tal. Aqui vem um dispositivo que não tem nada a ver com a pena de Talião. Aqui não se pede — como erroneamente interpretou o Constituinte Egídio Ferreira Lima — que os torturadores sejam punidos aplicando-se os mesmos métodos por eles utilizados. É preciso dar um exemplo para o futuro; e aqui cabe até aquele dispositivo que, infelizmente, foi recusado, o da desobediência devida. Quantas e quantas autoridades, tendo conhecimento pleno da tortura, da violência praticadas contra aqueles que se insurgiram, de maneira democrática, contra esse estado de coisas, não ficaram coniventes com aquelas medidas? Não tem nada a ver com a pena de Talião, mas servirá de exemplo para o futuro, para que ninguém venha arrancar unhas de prisioneiros, violentar moças, arrancar adolescentes das salas de aula para aplicar pau-de-arara ou outras medidas do conhecimento de todos. Cabe uma advertência aos nobres Constituintes: o mais grave da violência não é a violência pura e simples, pois ela sempre foi cíclica em quase todos os países do mundo. O mais grave é que nos acostumamos com ela e achamos que não somos responsáveis. Somos responsáveis não apenas por aqueles que sofrem a violência, mas também por aqueles que a praticam. É disso que trata este dispositivo. Os que aplicam a violência têm que saber que não podem passear lado a lado com os torturados,*



Ao final, a imprescritibilidade do crime de tortura acabou fora dos dispositivos promulgados.

#### 1.4

#### **A vertente comunitária: os mandados constitucionais de penalização**

O segundo aspecto que nos parece indicar os caminhos da política criminal adotada pelo constituinte está no expressivo número de comandos de criminalização contidos na carta.

Seja utilizando-se da expressão crime, seja determinando expressamente a punição, a Constituição estabelece ao todo 15 comandos desta natureza: condutas atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, XLI); racismo (artigo 5º, XLII); tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos (artigo 5º, XLIII); ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV); retenção dolosa do salário do trabalhador (artigo 7º, X); atos de improbidade administrativa (artigo 37, §§ 2º e 4º); crimes de responsabilidade de Ministros de Estado e outros (artigo 50); crimes do Presidente da República (artigo 85); crimes de presidentes de tribunal (artigo 167, §1º); crime de responsabilidade de gestor público (artigo 167, §1º); responsabilidade de dirigentes de pessoas jurídicas por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (artigo 173, §5º); danos ao patrimônio cultural (artigo 216, § 4º); crimes ambientais (artigo 225, § 3º); abuso, violência e exploração da criança e do adolescente (artigo 227, §4º); responsabilidade penal de notários e afins (artigo 236, §1º)<sup>48</sup>.

A leitura dos anais da constituinte indica que durante os trabalhos da subcomissão, da comissão temática e ainda da Comissão de Sistematização, a

---

*que não podem ficar impunes, fazendo suas pregações de violência.*” (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Comissão de Sistematização, Ata da Votação do Projeto de Constituição do Senhor Relator Bernardo Cabral, 32ª. Reunião Extraordinária de 24 de setembro a 18 de novembro de 1987, Volumes I e II, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 980)

<sup>48</sup> O rol se refere aos artigos originariamente promulgados. Posteriormente, o texto recebeu a Emenda Constitucional 25 de 2000, que incluiu ainda o mandado de penalização de condutas praticadas por Prefeitos e Presidentes de Câmara de Vereadores, no artigo 29-A, §§ 2º e 3º.

opção por criminalizar condutas, ou por impor ao legislador esta tarefa esteve sempre presente, de maneira bastante natural.

Nos trabalhos da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, esta linha de ação ficou caracterizada de forma clara nos debates que trataram do tema da discriminação, seja racial ou de gênero. Em praticamente todas as vezes que o assunto foi tocado, a necessidade de criminalização da conduta era defendida. E de todas as vezes, a proposta era dar ao crime um tratamento especialmente mais severo que aquele dado aos crimes comuns, com sugestões como a da imprescritibilidade, inafiançabilidade, insuscetibilidade de indulto, etc.<sup>49</sup>.

O texto finalmente aprovado em plenário, até hoje em vigor, está assim vertido: “artigo 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. A lei ordinária que criminalizou o racismo foi das primeiras a ser promulgada em cumprimento aos mandados constitucionais de penalização. Trata-se da Lei 7.716/89, que já sofreu, desde então, três alterações (Lei 8.081/90, posteriormente revogada pela Lei 8.882/94, revogada, por sua vez, pela Lei 9.459/97), tornando-se paradigmática da instabilidade do legislador brasileiro, e exemplo do fenômeno enfocado no presente trabalho.

Estes dados autorizam-nos a concluir que, a despeito do ambiente de desconfiança com relação às atividades repressivas do Estado, que reinava na época da constituinte, e ainda apesar da doutrina criminológica mais influente do momento questionar a legitimidade e a racionalidade do direito penal (caso da criminologia crítica), o constituinte brasileiro enxergava o direito penal como instrumento válido de regulação na nova ordem democrática. Mais do que isto, valeu-se dele como mecanismo de proteção dos próprios direitos fundamentais que cuidou de enunciar na primeira vertente de sua política criminal.

Raros foram os críticos desta opção de fazer constar da Carta os comandos de punição. O presidente da Comissão, constituinte Antonio Mariz foi um deles, quando tentou suprimir do texto do anteprojeto da comissão o comando

---

<sup>49</sup> Expressiva a atuação neste sentido do Constituinte Caó, autor de inúmeras sugestões e emendas, inclusive na Comissão de Sistematização.

de punição da tortura e do tráfico de drogas, alegando não ser da tradição brasileira definir crimes na Constituição, cujo papel seria somente o de proteger o indivíduo da atuação do Estado, pois caso contrário a Constituição estaria negando a si mesma, fazendo a opção pela não liberdade. Ainda assim, admitiu que para crimes nefandos seria legítimo que a Constituição impusesse ao legislador ordinário sua tipificação e tratamento, tomando como exemplo a tortura<sup>50</sup>.

Fato é que estas determinações que passaram a constar do texto constituíram-se em marca muito peculiar da carta e desafiam até hoje, por parte da doutrina, pelo menos duas leituras que, de certa forma, se antagonizam.

De um lado, os que consideram que a Constituição privilegiou a vertente criminalizadora, incentivando a incidência penal carcerária, optando por permitir severas restrições aos direitos fundamentais. Esta visão crítica, tributária de um pensamento mais liberal (caso dos garantistas liberais), ou de matiz ideológico mais à esquerda (caso da criminologia crítica), entende que a opção da constituição por estes comandos penalizadores tem feição nitidamente autoritária, o que acaba por se confrontar paradoxalmente com as normas constitucionais garantidoras de cunho humanista, já que cria o comando de criminalização sem fixar limites ao legislador ordinário, revelando uma opção pelo Estado repressor, em virtude da ausência do Estado social<sup>51</sup>.

Por outro lado, uma vertente que preferimos denominar de garantista/comunitária, interpreta a opção do constituinte pelos comandos de penalização expressa apenas como uma tendência hoje bastante em voga de compreender o garantismo em duas feições perfeitamente compatíveis: o garantismo negativo, das liberdades fundamentais de primeira geração, e o garantismo positivo que considera o direito penal como instrumento válido de proteção destas liberdades. A dicotomia tem paralelo direto com a classificação das liberdades individuais em negativas e positivas, entendendo-se as primeiras

---

<sup>50</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>51</sup> Esta corrente de crítica está bem representada por Salo de Carvalho, para quem a constituição de 88 criou uma ilusão penal, propondo um Estado autoritário e excessivamente criminalizante. (CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007).

como as barreiras opostas à atuação do Estado, impedindo a ingerência e a violência contra o indivíduo (o que fica evidente no rol dos direitos e das garantias em matéria penal já comentado). Já na dimensão positiva destas liberdades, entende-se o dever de proteção imposto ao Estado, no sentido de atuar de forma preventiva e repressiva para garantir a fruição destas liberdades<sup>52</sup>.

Fato é que a leitura do direito penal, não apenas como instrumento autoritário, prestes a invadir a esfera do cidadão, mas como alternativa válida de proteção e reafirmação dos direitos fundamentais, acabou por se consagrar no âmbito internacional, quando da criação do Tribunal Penal Internacional, em 1988. O Tratado de fundação do TPI elegeu o direito penal como mecanismo indispensável de proteção dos direitos fundamentais, proclamando-se como detentor de jurisdição sobre crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão, formando, assim, um elenco de violações alçadas agora a uma categoria especial e de gravidade peculiar, em razão do bem jurídico de natureza universal que afrontam. Se de fato o direito penal tem natureza subsidiária e somente se justifica na proteção de bens jurídicos essenciais, a legitimação da instância internacional penal se deu justamente na importância radical que tais bens jurídicos representam para a humanidade como um todo, reunidos em um núcleo de proteção absoluta. Um círculo virtuoso se estabeleceu, então, na ideia de que, se de um lado não poderá haver um direito penal justo sem a preservação dos direitos humanos fundamentais, de outro lado se reconhece que a preservação destes direitos fundamentais passa a necessitar da proteção intensificada do direito penal. Este, por sua vez, deverá atuar com a violência legítima de sua natureza, sem abrir mão, contudo, dos limites fixados pelos próprios bens jurídicos que pretende proteger. Todavia, a fixação da instância penal universal parece se dar na assunção de um imperativo categórico:

---

<sup>52</sup> Expressão deste pensamento encontramos em: SARLET, Ingo. “Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, 2004. p. 60-122; STRECK, Lenio; COPETTI, Andre. “O direito penal e os influxos legislativos pós constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?”. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 225 e segs.; e ainda FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007.

o de que os crimes praticados em detrimento dos direitos humanos não podem ficar impunes. A preocupação com a impunidade é constantemente manifestada nos documentos que precederam à elaboração do Estatuto, reafirmada no preâmbulo e consolidada no princípio da complementaridade adotado pelo estatuto, em clara alusão à ideia de que a pena é indispensável e irrenunciável em casos de violações criminosas aos direitos humanos.

Mais ainda: o Tribunal Penal Internacional, ao qual o Brasil aderiu adotou a dura pena de prisão perpétua, quando a extrema gravidade do crime ou as circunstâncias peculiares do indivíduo assim o justificarem. Da mesma forma, o estatuto ainda prevê a imprescritibilidade destes crimes, o que, a nosso ver, significa uma reafirmação da pena como resposta indispensável à realização de um ideal de justiça.

Esta já era a posição, ainda que não de todo racionalizada, do constituinte brasileiro de 1988. Independentemente da leitura crítica que se faça desta vertente, sua existência é inequívoca. A par, portanto, da consolidação do rol das garantias individuais, o constituinte de 1988 tomou partido da compreensão de que o Estado tem o dever de combater os crimes que de alguma forma impedem a efetivação dos direitos fundamentais, ou que dificultam a realização dos objetivos constitucionais do Estado.

## 1.5

### **Crimes hediondos - um caminho à parte**

A tarefa de extrair, da constituição de 1988, definições mínimas de política criminal para o Estado democratizado não pode prescindir de uma reflexão particular acerca da criação da categoria dos crimes hediondos e equiparados, expressa no artigo 5º, XLIII.

Embora se pudesse compreender este dispositivo como espécie do gênero analisado no item acima, já que se trata também de um comando expresso de criminalização, preferimos tratá-lo em separado, por conta de alguns fatores

que, a nosso ver, obrigam um estudo à parte, a saber: a) as peculiaridades que a aprovação do texto teve ao longo do processo constituinte, totalmente diversas do que ocorreu com os demais dispositivos do gênero; b) o caráter inédito de se criar uma categoria como esta no texto constitucional, ineditismo este não só na história constitucional brasileira, mas também no que se refere à comparação com constituições de outros países; c) a relevância que este dispositivo teve ao longo dos vinte anos que se seguiram à promulgação da carta de 1988, no que se refere à delimitação da crise de política criminal que se instalou no país desde então.

Os dois primeiros fatores que justificam este tratamento especial serão analisados aqui. Já o último será enfrentado nos capítulos III e IV deste trabalho.

Desde as primeiras reuniões da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, o tema do tratamento a ser conferido a crimes graves passou a frequentar com assiduidade os debates. O assunto era enfocado pela bancada conservadora, que dele lançava mão para tentar justificar a aprovação das penas de morte e de prisão perpétua<sup>53</sup>, mas também por constituintes não alinhados a eles, que se valiam do assunto para buscar a justificação da aprovação de medidas sociais mais amplas<sup>54</sup>.

O termo *crimes hediondos* foi o que prevaleceu de uma série imensa de adjetivos usados ao longo dos trabalhos para qualificar crimes de especial gravidade que estariam demandando um tratamento mais rigoroso. Falou-se em *crimes, criminosos e presos bárbaros, crimes de perversidade, crimes de malícia*

---

<sup>53</sup> Esta era a posição de Ubiratan Spinelli, para quem a pena de morte deveria estar destinada a crimes como sequestros, estupro e homicídios, além do tráfico de drogas. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 63 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987)..

<sup>54</sup> Em audiência pública em que esteve na condição de Presidente do Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Viçosa, José Antonio Rodrigues Dias, ao se posicionar contrariamente à pena de morte, defendia teses da criminologia crítica e radical, afirmando que “*as ciências sociais mostram que o delito de determinada pessoa poderá estar antecedido de um delito maior que a sociedade praticou com ele; (...) o indivíduo que teve sua casa tomada, não tem emprego, não tem dinheiro para comida, muda obviamente sua personalidade e ele passa a fazer uma guerra particular e desorganizada que se resume nos assaltos*”, propondo, portanto, a distribuição justa de riqueza social. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 66 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987).

*concentrada*<sup>55</sup>, *crimes horrendos*, *crimes macabros*, *crimes nefandos*, *crimes cruéis*, etc.

Também não faltaram os que sustentavam este tratamento especial, justificando a medida em teses positivistas do final do século XIX, como o constituinte Gonzaga Patriota (PMDB/PE), para quem os réus *lombrosianos (sic)* deveriam ser julgados em tribunais especiais e sem possibilidade de concessão de habeas corpus<sup>56</sup>. Ou ainda a constituinte Lucia Vânia (PMDB/GO), em vertente ainda mais determinista, para quem existiriam verdadeiras classes de criminosos: os monstruosos, com desvios genéticos e aqueles resultantes do aparelhamento policial que induziria ao próprio crime, para daí deduzir a necessidade de aprimoramento do sistema penitenciário e da justiça<sup>57</sup>.

A demanda por maior severidade com determinados crimes perpassou todo o trabalho da constituinte, desde a subcomissão, até as votações de plenário, passando de forma intensa na Comissão de Sistematização. E ainda que, superficialmente, tenda-se a associar os defensores deste maior rigor às bancadas mais conservadoras – e isto fica bastante nítido na questão da pena de morte – a associação não é assim tão clara e nem constante no que se refere a outras espécies de penalidades ou efeitos que foram defendidos ao longo de todos os trabalhos. Em outras palavras, não foram somente os constituintes mais conservadores que adotaram a posição de defender penas mais rigorosas para determinados crimes.

Isto se deve, talvez, ao fato de que, no rol destes crimes especialmente graves que regularmente eram mencionados, sempre estiveram tipos penais descarregados de conteúdo ideológico, por assim dizer. Ainda que poucos crimes patrimoniais figurassem na lista, como é o caso do latrocínio, o mais frequente é que surgissem como exemplo os crimes de estupro, sequestro seguido de morte e homicídio qualificado. Exceção se faz ao tráfico de drogas, também sempre

---

<sup>55</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 62 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>56</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 62 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>57</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 81 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

associado à lista dos crimes mais graves, mas também esta inclusão não era discurso exclusivo dos chamados conservadores.

Exemplo disso se vê na atuação do constituinte José Genoíno (PT/SP) que, embora não fosse membro da Comissão, participou dos debates que antecederam a aprovação do respectivo anteprojeto. Defendeu a descriminalização do aborto (já que, no anteprojeto da subcomissão, o item de proteção à vida criminalizava o aborto), mas concordou com a proposta de que os crimes de tortura e tráfico de drogas fossem inafiançáveis e insuscetíveis de anistia e graça, suspensão da pena e livramento condicional, admitindo que a lei processual brasileira oferecia muitos benefícios ao criminoso<sup>58</sup>.

Não são raras as alusões dos constituintes à questão do aumento exponencial da insegurança pública nas cidades, assunto também trazido nas audiências públicas, e a cidade do Rio de Janeiro já figurava como exemplo deste fenômeno. No momento da constituinte, o Rio de Janeiro registrava alguns homicídios que haviam ganhado as páginas policiais. Também já acontecera a chamada Operação Mosaico, investigação levada a cabo pela polícia federal que, pela primeira vez, desvendara os meandros de promiscuidade entre o aparato policial e o tráfico de drogas no Rio de Janeiro.

A profunda crise econômica do país acentuava os níveis de desigualdade social, incrementando as estatísticas de crimes contra o patrimônio. Por fim, já se iniciava a explosão de incidência de crimes de extorsão mediante sequestro, vitimando figuras importantes do empresariado brasileiro. A história virava uma página e, à medida que se distanciava do regime autoritário que criminalizara a política, deparava-se com o avanço célere da criminalidade comum<sup>59</sup>. E o Rio de Janeiro já despontava como referência deste fenômeno.

---

<sup>58</sup> Nada obstante, o constituinte apresentou, mais à frente, durante a Comissão de Sistematização, a proposta de supressão da expressão tráfico de drogas do artigo relativo aos crimes hediondos, proposta que ao final restou vencida. (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 83 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987).

<sup>59</sup> Judiciosamente falando, a curva ascendente de crimes nesta época não se limitava à assim chamada baixa criminalidade patrimonial. A década de oitenta foi pródiga em quebras fraudulentas de instituições financeiras, abrindo campo para a crescente criminalidade econômica que avançaria as décadas seguintes.



Os parlamentares se referiam, com bastante assiduidade, a supostos anseios das camadas médias da sociedade em relação ao tema da segurança pública, ou ainda em “*traumatização da opinião pública em razão da ineficácia do aparelho policial e do judiciário*” na apuração e na punição de crimes<sup>60</sup>. O discurso corrente era o da impunidade e da insuficiência do aparato legislativo então em vigor, para fazer frente ao aumento da criminalidade. Regularmente, a questão da segurança pública era tratada nas audiências públicas<sup>61</sup>, e o tema da impunidade e da leniência das normas penais foi trazido à baila também pelos convidados.

Em boa parte, a insatisfação com a pretensa condescendência da lei penal se dava por conta de algumas reformas ocorridas em tempo pouco anterior. Sabe-se que, em pleno regime militar, entrara em vigor a chamada Lei Fleury que, se nasceu de um casuísmo reprovável, acabou por ser, paradoxalmente, uma lei redentora que antecipava no Brasil o conceito que o princípio da não culpabilidade ganharia na Constituição. Alterando os artigos 408, 474, 594 e 596 do Código de Processo Penal, a lei passou a permitir a liberdade provisória de forma mais ampla, restringindo drasticamente as hipóteses de prisão processual antes do trânsito em julgado da sentença condenatória<sup>62</sup>. A lei permitiu que inúmeros réus respondessem em liberdade a seus processos.

A leitura dos anais da constituinte deixa claro que desde o início já havia uma proposta muito clara de impor no texto constitucional um tratamento mais rigoroso a determinada categoria de crimes. Os mais extremistas serviam-se da proposta para defender medidas mais radicais, como as penas de morte e de prisão perpétua, propostas que, como já vimos, jamais tiveram viabilidade de aprovação. Já ideias como a da imprescritibilidade, inafiançabilidade, insuscetibilidade de anistia e indulto sempre foram vistas com maior

---

<sup>60</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 62 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>61</sup> Veja-se a audiência em que compareceu Jose Calixto Ramos, presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, enfatizando a questão da violência na sociedade, defendendo a tese de que o Estado tem o dever de dar segurança a todos e que a Constituição deve dar ênfase à questão da segurança individual (BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 66 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987).

<sup>62</sup> Lei 5.941, de 22/11/1973.

naturalidade<sup>63</sup>. De início, foram atreladas somente ao delito da tortura mas, pouco a pouco, se expandiram para outros crimes que, por consenso gradativamente alcançado, foram se agrupando no rol que acabou por se denominar de crimes hediondos.

Em verdade, a inclusão do crime de tráfico de drogas no mesmo tratamento a ser conferido à tortura, matriz do dispositivo que criou a categoria dos crimes hediondos, seguiu um caminho tortuoso e de difícil reconstrução.

Duas forças, aparentemente desconectadas, propunham medidas paralelas que, ao final, acabaram juntas como forma de se compor o consenso possível. De um lado, como se viu, os que propugnavam por um tratamento diferenciado ao crime de tortura, tendo sido os primeiros a propor efeitos como a imprescritibilidade, inafiançabilidade e outros. Estes representavam a reação ao passado recente de autoritarismo e buscavam uma forma de reparação possível, ao menos pela via da garantia constitucional. De outro lado, os que levantavam a questão da insegurança pública e que acabaram por forçar um pensamento ampliado de que, assim como a tortura, havia outras espécies de delito que estavam a merecer a mesma espécie de repulsa no texto constitucional. Estas duas forças estavam muito aquém da linha radical que propunha a pena de morte e a prisão perpétua.

Ao longo de todo o processo, uma ponta acabou se aliando à outra e a aprovação da primeira proposta só foi possível quando se juntou à segunda.

Em maio de 1987, a Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais apresentou seu anteprojeto, propondo a pena de prisão perpétua para crimes de estupro e sequestro seguido de morte<sup>64</sup>. Além disto, ainda propôs que a tortura e o tráfico de drogas fossem tratados como crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição. A proposta era:

---

<sup>63</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplementos aos nºs 78 e 81 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>64</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 82 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

Art. 48: A tortura, a qualquer título, é crime de lesa-humanidade, inafiançável e insuscetível de anistia e prescrição, devendo responder por ele, tanto os mandantes como os executores. (...) VII- (...) a tortura, a produção e o tráfico de tóxicos constituem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição, na forma da lei.

Na discussão deste anteprojeto, praticamente todos os que usaram a tribuna concordaram que o crime de tráfico de drogas figurasse entre os crimes a merecer tratamento mais rigoroso, com exceção do presidente da Comissão, Antonio Mariz, para quem o texto constitucional deveria se limitar a determinar ao legislador a tipificação da tortura, ressaltando o seu entendimento de que o crime de tráfico de drogas era grave, mas seu tratamento não era tema constitucional, materialmente falando<sup>65</sup>.

Na comissão temática, cujo relator era José Paulo Bisol (PMDB-RS), esta tese sagrou-se vencedora, e a alusão ao tráfico de drogas foi suprimida:

A mais grave ofensa à vida, à existência digna e à integridade física e mental é a tortura, crime de lesa-humanidade, a qualquer título, insuscetível de fiança, prescrição e anistia, respondendo por ele os mandantes, os executores, os que podendo evitá-lo, se omitirem, e os que, tomando conhecimento dele, não o comunicarem na forma da lei<sup>66</sup>.

O primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização também não previa o tráfico de drogas no seu texto, repetindo, de certa forma, o conteúdo da comissão: “Ninguém será submetido a tortura, a penas cruéis, ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática da tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia”.

Mas, no segundo substitutivo, o texto estava ampliado e já contemplava o delito na mesma quadra da tortura:

Ninguém será submetido a tortura, ou a tratamento desumano ou degradante. A prática de tortura e de tráfico ilícito de drogas são crimes

---

<sup>65</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Atas das Comissões. Suplemento ao nº 82 do Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

<sup>66</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Anteprojeto da Comissão – Volume 69 Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

imprescritíveis, inafiançáveis, e insuscetíveis de concessão de anistia ou indulto, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado.

O projeto final da Comissão de Sistematização tornou a suprimir o crime de tráfico de drogas:

Ninguém será submetido a tortura, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia, por ele respondendo os mandantes, os executores, e os que, podendo evitá-lo ou denunciá-lo, se omitirem<sup>67</sup>.

Desta etapa em diante, o tema deu um verdadeiro salto de conteúdo, já que o texto aprovado em primeiro turno do plenário difere bastante do último modelo proposto e já é praticamente aquele que acabou prevalecendo:

Ninguém será submetido a tortura, penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática da tortura, o tráfico de drogas, os crimes hediondos e o terrorismo crimes inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem.

E, por fim, a redação alcançada no segundo turno da votação em plenário:

São crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Sabe-se que, no período que intermediou o final dos trabalhos da Comissão de Sistematização e as votações do plenário, a constituinte passou pelo seu momento mais tumultuado, com a efetiva entrada em cena do chamado “Centrão”, e a alteração do regimento, permitindo o oferecimento de mais emendas e mais substitutivos. A geopolítica que se desenhara na Comissão de Sistematização, com a predominância das alas progressistas, se desfez, e os

---

<sup>67</sup> BRASIL. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, Projeto de Constituição (A) (Quadro Comparativo), Volume 270, Título II, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

setores se reorganizaram em torno de suas preferências de forma mais segmentada. A constituinte tomou outro rumo<sup>68</sup>.

Os resultados desta nova organização ideológica se fizeram muito nítidos em matérias como a ordem econômica e a estrutura do Estado, verdadeiros objetivos do movimento. Mas não é possível afirmar que a articulação do “Centrão” tenha sido a responsável pela formulação do artigo dos crimes hediondos.

Primeiro, porque não era este o objetivo central do movimento que, ao contrário, estava focado em questões como a definição da propriedade, de empresa brasileira, monopólios e intervenção do Estado no domínio econômico, direitos sociais. Segundo, porque não havia, no âmbito dos dispositivos de natureza penal, nenhuma grande controvérsia que simbolizasse a ideologia daquele grupo.

As teses da pena de morte, a pena de prisão perpétua e a criminalização do aborto, defendidas pelos constituintes ditos conservadores, filiados de primeira hora ao “Centrão”, não foram teses adotadas pelo movimento que, repita-se, concentrou seus esforços na aprovação das matérias de conteúdo econômico e social.

Como se viu, a ideia de destinar tratamento diferenciado a uma classe de crimes mais graves esteve presente desde os primórdios da subcomissão e nunca chegou a ser objeto de dissenso sério, como foi a questão da pena de morte e do aborto.

A afetação do crime de tortura com efeitos peculiares, como a imprescritibilidade, inafiançabilidade e insuscetibilidade de anistia e indulto também remonta ao início dos trabalhos da subcomissão e igualmente não desafiou controvérsias.

A radicalização das penas, com a adoção da pena capital ou de prisão perpétua, ainda que constantemente trazida à tona, não chegou a ser seriamente

---

<sup>68</sup> PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988 – Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. passim.*

levada em conta, já que o anteprojeto da comissão respectiva não as previa, a despeito de todo o trabalho e toda insistência dos seus defensores na subcomissão.

É preciso admitir, com alguma margem de certeza, que a categoria constitucional dos crimes hediondos resultou de um consenso obtido de forma menos ideológica do que fazem crer seus críticos de hoje.

Com efeito, a doutrina atual atribui este resultado à atuação do chamado Movimento Lei e Ordem, vertente da criminologia mais punitiva que se desenvolveu principalmente nos Estados Unidos ao longo das décadas de oitenta e noventa<sup>69</sup>.

No entanto, a gênese do dispositivo, ao menos no que se refere aos trabalhos dos constituintes, não autoriza esta conclusão. A análise do processo legislativo que conduziu à aprovação da lei 8.072/90, que regulamentou o comando constitucional – e que será estudado no capítulo II – tampouco avalia esta conclusão.

É certo que o dispositivo inovou na história do constitucionalismo brasileiro, já que não há notícia de algo semelhante nas outras constituições que o país teve. Não figurou, tampouco, no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Também não encontra paralelo nas Constituições de outros países, nem mesmo naquelas que serviram de modelo à nossa, como as de Portugal e da Espanha.

A existência de categorias de crimes diferenciados, a merecer tratamento mais rigoroso não é novidade no universo do direito penal, sendo adotada em outros países. O caráter inédito, no caso do Brasil, foi trazer o tema para o texto da Constituição, traduzindo-se em comando de penalização totalmente peculiar que passou a marcar de forma indelével a política criminal que se instalou no país democratizado.

Fica claro que, a despeito das teses criminológicas mais críticas do direito penal, já então em voga, e do paulatino avanço das correntes abolicionistas e despenalizadoras, a opção do constituinte foi por garantir um espaço já tradicional do direito penal como instrumento de segurança individual. Ao

---

<sup>69</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*. Sobre o tema, falaremos no capítulo IV.

estipular tratamento mais rigoroso a determinados crimes, consolidou a compreensão de que teria de ser possível um direito penal de cunho clássico no contexto democrático, e na convivência com a expansão de seu objeto (na linha da proteção dos interesses coletivos), dentro dos marcos dos direitos fundamentais.

## 1.6

### Síntese

A arqueologia dos postulados de política criminal construídos a partir da redemocratização do país remonta à década de oitenta, mas encontra nos trabalhos da constituinte um momento de definição de linhas diretrizes mestras que deveriam estar presentes no trabalho legislativo e na concepção jurisprudencial que se seguiu.

O rol de direitos fundamentais limitadores do direito penal, como se viu, não era inédito no constitucionalismo brasileiro. Herança de postulados iluministas, já frequentava os textos constitucionais desde o Império. Inédita era a extensão deste rol e inédito foi o desdobramento histórico que estas prescrições ganharam a partir da edição da Constituição. Isto porque, a partir de 1988, a própria concepção de constituição já ganhava contornos totalmente diversos, conectados com um novo modelo de constitucionalismo nos Estados democráticos de direito do mundo ocidental. Ideias como a de constituição dirigente, força normativa da constituição, impregnação e irradiação das normas constitucionais, além do desenvolvimento das teorias dos princípios constitucionais emprestaram nova força semântica e impacto vinculativo às garantias fundamentais em matéria penal<sup>70</sup>.

Neste passo, inegável que o constituinte fez uma opção por um marco garantista<sup>71</sup> do direito penal, o que já se depreende pela consagração de alguns postulados expressos elementares, tais como a preservação da dialética do processo penal, na linha da afirmação do princípio da presunção de inocência,

---

<sup>70</sup> Este assunto será abordado com maior extensão no Capítulo III.

<sup>71</sup> Sobre o garantismo e sua adequação ao cenário brasileiro, melhor discutiremos nos capítulos III e IV.

contraditório, ampla defesa, princípio do juiz natural, dentre outras tantas disposições expressas ou implícitas<sup>72</sup>.

Por outro lado, se o viés garantista liberal é evidente na forma dos limites à intervenção estatal penal na esfera invulnerável do indivíduo (garantismo negativo, ou de preservação das liberdades negativas), também é clara a opção do constituinte por um marco garantista positivo ou social, quando elege o direito penal como instrumento constitucional de proteção de determinados bens fundamentais de caráter supraindividual<sup>73</sup>.

A opção constitucional pela proteção penal de bens coletivos não afastou a legitimidade do direito penal no papel clássico de tutela de direitos individuais, o que se infere da forma como restou construída a categoria dos crimes hediondos, que alia estas duas vertentes e ainda legitima o tratamento rigoroso e diferenciado de determinadas transgressões.

De certa forma estes três aspectos que indiciam o marco político-criminal da Constituição brasileira reproduzem, guardadas as peculiaridades locais, históricas e culturais, a análise que Winfried Hassemer<sup>74</sup> faz do que ele chama de crise do direito penal.

O autor alemão, voltado, evidentemente à realidade europeia e especialmente à alemã, reconhece que o direito penal, hoje, pode ser entendido a partir de dois modelos. O primeiro, a que ele chama de direito penal clássico, abarcaria um núcleo ideal ao qual pertenceriam as tradições da filosofia política iluminista, tais como o princípio da legalidade e subsidiariedade do direito penal, além da limitação à tipificação de atentados contra direitos individuais. Este

---

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral – Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. prefácio à 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. “A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de como Não Há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais”. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, n.º 97, marco/2005, p.180)

<sup>74</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. O autor, representante da chamada Escola de Frankfurt é, ele mesmo, um crítico do modelo expansionista do direito penal moderno, em direção à proteção de novos bens jurídicos de caráter transindividual. Para este autor, a solução estaria na criação de uma terceira via, de caráter administrativo, para o enfrentamento destes novos conflitos que não pertencem à tradição do direito penal clássico.



modelo estaria sendo substituído por outro a que ele chama de direito penal moderno, que privilegia áreas até então estranhas a este ramo do direito, como meio ambiente, economia, programação de dados, drogas, tipificando condutas para proteger não indivíduos, mas instituições<sup>75</sup>.

A diferenciação conceitual aqui é tomada de forma apenas exemplificativa, já que não esgota e nem mesmo explica de forma abrangente o tema aqui desenvolvido. Mas se presta a demonstrar que o texto constitucional brasileiro contemplou, na definição de suas bases de política criminal, estes dois modelos. Não subtraiu do direito penal seu papel tradicional de proteção individual negativa e positiva, dispondo sobre garantias individuais contra a interferência estatal e preservando a legitimidade do direito penal para a proteção das agressões privadas à esfera individual, como também destinou ao direito penal a inovadora missão de proteção de direitos coletivos ou difusos.

Aquilo que, na visão de Hassemer, se configurou como dicotomia a ser superada na estruturação de uma terceira via de repressão – entre o direito penal e o administrativo<sup>76</sup> – na Constituição brasileira se mostrou como caminho a ser percorrido de forma integrada e complementar.

Assim, se se pretende compreender e definir o caráter da política criminal brasileira a partir da Constituição de 1988, é necessário se levar em conta alguns aspectos. Primeiro, a conjuntura nacional interna, de transição de um modelo autoritário para a construção de um Estado democrático de direito. Do ponto de vista externo, o momento expansionista que o direito penal ganhava na predominância de uma vertente comunitária. E, ainda, por último, os novos rumos que o constitucionalismo assumia naquele momento e cujos influxos alcançariam o Brasil logo na virada da década.

Desta feita, as três vertentes que tentam expressar as opções político-criminais do texto constitucional podem ser sintetizadas de modo bastante elementar, da seguinte forma:

---

<sup>75</sup> *Ibid. passim.*

<sup>76</sup> O tema será melhor desenvolvido no Capítulo IV.

- a) em matéria penal, o constituinte brasileiro tomou partido indiscutível de um viés garantista, de proteção individual de cunho liberal e humanista, afinando-se na linha principiológica das democracias ocidentais modernas;
- b) o constituinte brasileiro enxergou, no direito penal, um instrumento de proteção de direitos fundamentais e interesses coletivos e difusos, na linha de um garantismo positivo, pela estipulação de comandos expressos de penalização;
- c) o constituinte brasileiro elegeu o direito penal como instrumento legítimo de solução de conflitos, seja na proteção de bens individuais, seja na proteção de bens supraindividuais.