

DOCTRINA

INCONSTITUCIONALIDADE DE PUNIÇÕES PERMANENTES

GERALDO ATALIBA

1. Punição permanente

1.1 A questão

Os órgãos da política monetária (Bacen e CMN) impõe pena de inabilitação permanente para o exercício de cargos de direção de instituições financeiras, aplicando a lei.

Cabe indagar se é juridicamente aceitável, no sistema da Constituição, a persistência desse tipo de punição.

Muitas pessoas têm sido vítimas de sumários procedimentos administrativos, ao cabo dos quais aplica-se-lhes pena de inabilitação permanente para o exercício de certas funções.

Fica a questão de se saber se pode ser superada essa *capitis diminutio*, recorrendo-se o direito ao exercício de suas habilidades profissionais.

Põe-se, assim, o problema de saber-se se, no direito brasileiro há punições perpétuas.

1.2 Rarefação doutrinária

Não há elaboração doutrinária mais desenvolvida e profunda, na nossa doutrina de direito administrativo sobre esse tópico. Por motivos que não cabe aqui discutir, nossos estudiosos não se aprofundaram no tema (até porque, tão despropositado, não preocupou os doutrinadores).

Isso não é de admirar, dado que, mesmo na Espanha — onde os estudos da especialidade mais se desenvolveram, alcançando elevados padrões — o mes-

mo é o panorama, como o testemunham Garcia de Enterría e Tomás Ramon (*Curso de derecho administrativo*, Ed. Civitas, 2.ª ed., II/152 e ss.).

A escassez de meditações e a rarefação dos pronunciamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o direito administrativo punitivo — até porque a legislação é omissa, incompleta, tumultuária e fragmentária — não nos deixam, entretanto, sem diretrizes.

Os nossos administrativistas — na linha da orientação dominante no direito comparado — propõem sejam adotados como padrões de pensamento os resultados das elaborações desenvolvidas pelos teóricos do direito penal, já que, essencialmente, é do *ius puniendi* estatal que se está cuidando.

É assente na doutrina da teoria geral do direito, bem como entre os administrativistas e penalistas que o direito de punir — de que se investiu “monopolisticamente” o estado — é um só, emanação da soberania que é, conhecendo maior ou menor intensidade neste ou naquele campo.

De tal modo foi sendo elaborada a teoria geral do direito punitivo, que torna lícito afirmar que os princípios, as técnicas, as categorias hermenêuticas e as diretrizes sólida e amplamente firmadas no direito penal são parâmetros e, certamente, limites para o direito administrativo punitivo.

Daí que os raciocínios exegéticos *a fortiori* do direito penal, como regra geral, sejam plenamente aplicáveis ao direito administrativo punitivo.

1.3 Vedação constitucional

A Constituição brasileira de 1988 é explícita e peremptória ao preceituar:

“Art. 5.º, LXVII — Não haverá penas:

...

b) de caráter perpétuo”

Tão claro, inequívoco e categórico é o preceito que os comentários que mereceu foram breves, sintéticos, álicos e sumários. O mesmo se diga do preceito homólogo da Constituição de 1946 (art. 141, § 31).

Se na repressão aos crimes exerce-se de modo mais intenso e exacerbado o *ius puniendi*, e se nessa hipótese a reação da ordem jurídica é mais severa, parece rigorosamente lícito afirmar que as expressões mais brandas — como as concernentes a infrações meramente administrativas — têm, no mínimo, iguais limites.

Proibindo a Constituição penas perpétuas, é evidente que às demais sanções — necessariamente correspondentes a infrações menos graves — aplica-se a mesma limitação.

Neste estudo busca-se contribuir para o encaminhamento de uma meditação sobre o tema.

2. A lei e o ato administrativo

Em processos administrativos decide o Bacen aplicar a “pena” de inabilitação permanente, com base no art. 44, IV da Lei 4.595.

Oportuno transcrever, da Lei 4.595, de 31.12.64 (cuja ementa reza: “Dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”), o preceito do seu:

“Art. 44. As infrações aos objetivos desta Lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

- I — advertência;
- II — multa pecuniária variável;
- III — suspensão do exercício de cargos;
- IV — inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras;
- V — cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais ou privadas;
- VI — detenção, nos termos do § 7.º deste artigo;
- VII — reclusão, nos termos dos arts. 34 e 38 desta Lei;
- ...”

3. Teoria da punição administrativa

A “pena” imposta caracteriza-se claramente como punição administrativa, pelo seu teor e principalmente por ter sido imposta no bojo de um processo administrativo, por órgãos administrativos.

Não há uma teoria geral do ilícito administrativo com perfil próprio, que tenha levado à elaboração de princípios específicos a que se recorra para apoiar estudo sistemático do tema nessa particular seara. Nisso, nosso panorama não discrepa muito do existente no direito comparado.

Os notáveis Enterría e Tomás Ramon, falando sobre a teoria geral do direito escrevem: “... el Derecho Administrativo desconoce una creación semejante sobre la infracción legal determinante de una sanción administrativa, así como sobre esta misma, desconocimiento que es extensible a la legislación especial que define los poderes sancionatorios de la Administracion” (*Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1983, p. 161).

É contrastam o direito administrativo com o penal: “... el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico, donde seguían

teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del versare *in re illicita*, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones, con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procedimientos sancionatorios no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*, de la persistencia imprescindible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones, de inaplicación de técnicas correctivas, como la del concurso de delitos, o de causas de exclusión de atenuantes, de condenas condicionales, de rehabilitación del culpable etc.” (p. 161).

Culminam com comentário cáustico e incisivo, perfeitamente aplicável ao direito brasileiro: “Sin hipérbole, puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio ha sido hasta la fecha un derecho represivo prebeccariano” (p. 161).

Não pode ser menos duro, ácido e crítico o expositor do direito brasileiro.

4. Diferença entre direito administrativo sancionatório e direito penal

No melhor estudo sobre o tema, no Brasil, o Prof. Régis Fernandes de Oliveira sustenta: “Não há diferença de conteúdo entre crime, contravenção e infração administrativa. Advém ela da lei, exclusivamente. Inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa”. (*Infrações e Sanções Administrativas*, Ed. RT, 1985, p. 32).

Deveras, a diferença entre a sanção penal e a administrativa “está nos meios (processo judicial) e autoridades que as aplicam (juízes)” (Régis F. Oliveira, *Infrações e Sanções Administrativas*). É a postura dos melhores publicistas. Por isso Régis Oliveira invoca Adolf Merkl (*Teoría general del derecho administra-*

tivo, México, 1975), expondo sua posição:

“Finaliza o autor afirmando, diante de todos os esforços de diferenciação, o seguinte: O Direito Penal Administrativo diferencia-se, conceitualmente, do Direito Penal Criminal unicamente em razão da competência, que neste é judicial e naquele administrativa” (p. 30).

O notável Nelson Hungria já assinalava: “A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua *identidade substancial*, dispostas ‘sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi’” (*Novas questões jurídico-penais*, Ed. Nacional de Direito, Rio, 1945, p. 265).

E sublinhava: “Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo *ontologicamente distinto* de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço” (p. 265).

Aventa Hungria um critério não decisivo: “Conforme acentua Beling, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra.” (p. 265).

Mas, prossegue, deixando ver que não se resume a isso a questão: “O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo” (p. 267).

E prossegue: “Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa *essencialmente distinta* da pena criminal” (p. 267).

O eminente juiz do Supremo e mestre acatado do direito penal não deixa de

salientar a substancial identidade entre os institutos:

“Há também uma *fundamental identidade* entre uma e outra, posto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito” (p. 267).

Mas reconhece que o critério verdadeiro é do meio (processo judicial) e órgão de aplicação das sanções (Judiciário): “A substancial *coincidência* entre ilícito administrativo e ilícito penal é confirmada pelo fato de que há perplexidade toda vez que a lei, ao cominar uma sanção comum ao direito administrativo e ao direito penal (como, p. ex., a multa), não indica o poder competente para aplicá-la. O único meio de dirimir a incerteza será invocar o *in dubio pro reo*, para reconhecer-se que se trata de pena administrativa, de consequências menos graves que a criminal” (pp. 271/272).

Régis F. Oliveira já havia exposto com largueza o resultado de suas pesquisas e meditações: “Vittorio Ottaviano afirma que entre a pena ‘e as outras sanções impostas por órgãos jurisdicionais *não existe diferença* de ordem substancial’, enquanto Zanobini diz que a discussão ‘se mostra das mais infrutíferas que temos jamais discutido na Ciência do Direito Público’ (*sic*).

Laubadère acompanha a orientação e assevera que ‘a despeito de sua semelhança com as sanções penais, as sanções administrativas constituem decisões administrativas, e não atos de jurisdição penal’” (p. 30).

E invoca um mestre universal de indisputada autoridade:

“Zanobini, com propriedade, sustenta que ‘a aplicação da pena vem imposta pelos órgãos do Poder Judiciário, órgãos jurisdicionais por excelência; mas — o que mais conta — tal aplicação vem feita não através de um procedimento admi-

nistrativo, mas através de um procedimento jurisdicional...” (pp. 30-31).

Prossegue expondo a melhor doutrina: “A propósito da discussão, Sayagués Laso pondera *inexistir diferença de natureza* entre os fatos constitutivos de infrações penais e administrativas, e o que as distancia é o regime jurídico das sanções aplicáveis. Assim, a distinção entre as sanções penais e administrativas radica em diversos elementos: ‘aquelas impõem-se por ato jurisdicional, enquanto que estas se aplicam mediante atos administrativos; daí deriva que no primeiro caso o pronunciamento faça coisa julgada, enquanto que no segundo está sujeito a controle jurisdicional posterial’” (op. cit., p. 31).

Daí a simplicidade das verdades óbvias — reproduzidas por Régis F. Oliveira — sobre o direito italiano, mas perfeitamente aplicáveis ao nosso: “Tulio Chiossone afirma que, ‘até o momento, a diferença’, pelo menos no que respeita a nosso Direito Positivo, fundamenta-se na qualidade do funcionário que as aplica” (p. 32).

Por tudo isso, a melhor doutrina espanhola atual aportou à conclusão: “A diferença entre o poder sancionatório e o penal... é praticamente impossível” (Enterria-Tomás Ramon, cit., p. 152).

5. Limitações ao poder sancionatório da administração

As lacunas legais, a falta de sistematidade da legislação administrativa e a escassez da doutrina administrativa, no que concerne às manifestações punitivas por essa via, não significam ausência de critérios, nem inexistência de severos parâmetros, num “estado de direito”, como o é o Brasil, por força do solene preceito do art. 1.º da CF/88.

Escreveu o Prof. Régis F. de Oliveira: “Não se pode atribuir à Administração o descomedimento sancionatório. Nem mesmo a lei pode estipular gravame in-

compatível com a falta que se pretende punir” (op. cit., p. 71).

As limitações, nessa matéria, decorrem da Constituição e impõem-se ao legislador e, *a fortiori*, ao administrador.

Tal é, igualmente, a orientação da mais autorizada doutrina espanhola, apoiada na sua jurisprudência: “Esta doutrina jurisprudencial ha establecido que esa vasta ausencia en la legislación de una ‘parte general’ de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una *aplicación arbitraria y grosera* de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de integrarse necesariamente com las técnicas propias del *Derecho Penal ordinario*” (Enterria-Tomas Ramon, *Curso... cit.*, p. 162).

As lacunas do direito positivo preenchem-se mediante analogia com o direito penal, guiando-se o intérprete pelos princípios constitucionais, em qualquer sistema onde prevaleçam os padrões do constitucionalismo.

“Parece claro, tras lo expuesto, que el capítulo de la *actividad sancionatoria de la Administración* es aún de los más imperfectos de nuestro atual Derecho público. La incidencia de la Constitución ha de ser aqui decisiva” (Enterria-Ramon Fernandes, op. cit., p. 186).

6. Proporcionalidade das punições

As punições aplicadas pelo Estado — sejam administrativas, sejam penais — sujeitam-se a princípios supremos e, por isso, insuperáveis, postos no sistema constitucional. É nossa melhor doutrina: “... as sanções devem ser: a) adequadas à defesa social e à política econômica do Estado; b) dosadas criteriosamente, de acordo com a gravidade da infração; c) ajustadas à personalidade dos destinatários, pessoas físicas ou jurídicas; d) aplicadas e executadas com certeza e firmeza, a fim de que não fique desmoralizado

o sistema repressivo” (Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, Ed. RT, S. Paulo, 1973, p. 95).

Da retributividade da pena decorre sua proporcionalidade, exigida pela Constituição: “A idéia retributiva, que constitui o núcleo da pena, promana do próprio bem comum, pois que este não poderia justificar, em nome de um hipertrofiado interesse social, que a tutela dos valores essenciais à comunhão se realizasse em detrimento da pessoa humana e com respeito à sua dignidade moral” (José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, v. III/95, 2.ª ed., Saraiva, 1966).

É enfático Frederico Marques ao sublinhar que “a pena tem que ser *absolutamente proporcional*, qualitativa e quantitativamente, ao mal causado...” (p. 97).

É que “O Estado, como o ensinava Finger, ‘não deve adotar a conduta de um ressentido, nem excitar os complexos inferiores do sadismo’, quando exerce o magistério punitivo” (José Frederico Marques, op. cit., p. 101).

Deveras, “Do sentido retributivo da pena, deriva o princípio da *proporcionalidade*. Se a pena encontra seu fundamento em um princípio ético de justiça — diz Battaglioni — nesse mesmo princípio deve conter seus *limites*” (p. 105).

Já Fritz Fleiner afirmava o inarredável cunho de “proporcionalidade, isto é, a autoridade administrativa não pode empregar meio de coação mais severo do que seja necessário para conseguir o fim proposto” (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ed. Labor, 1933, p. 71).

Acentua Régis Fernandes Oliveira, apoiado em Enterria: “Sustenta o autor espanhol a inadmissibilidade e a ilegalidade de qualquer *sanção que ultrapasse o mínimo* desejado para evitar o dano ou o perigo que resulta da infração” (p. 72).

E amplia suas citações: “Do mesmo teor da lição de Montoro Puerto, ao dizer que ‘de essência no conceito da pena é sua adequação ao ato, a *proporcionalida-*

de entre delito e pena. Quando falta a proporcionalidade ao ato ou ao autor ficará desvirtuado o conceito de pena'” (op. cit., p. 72).

Essa firme orientação doutrinária é refletida nas lições de René Dotti: “A proporcionalidade é um dos caracteres da pena que deve traduzir os interesses da defesa social e a garantia individual consubstanciada no direito do condenado de não sofrer uma punição que exceda a medida do mal causado pela infração” (*O novo sistema de penas*, p. 92).

Este conceituado jurista arremata sua exposição, deduzindo suas conclusões dos princípios mais gerais do direito que, exatamente, têm acatamento provento e universal: “A proporcionalidade é um desdobramento da exigência da retribuição, em obediência até mesmo ao antigo aforismo *suum cuique tribuere*” (p. 93).

Frederico Marques — salientando que o *jus puniendi* exerce-se para a conservação e progresso da sociedade — assinala ser absurdo que a pena atinja “outros valores indispensáveis à consecução do bem comum”, enfatizando: “Se o Estado pune para salvaguardar interesses ligados à conservação e progresso da sociedade — seria um absurdo que nessa atividade defensiva fosse atingir outros valores indispensáveis à consecução do bem comum. É por isso que o Estado pode punir, em nome das necessidades sociais, tão-só *nos limites* condizentes com a justa retribuição do mal praticado pelo delinqüente” (*Tratado...*, cit., p. 95).

Ora, entre esses limites está — categórico, peremptório — o Texto Supremo a impedir punições “de caráter perpétuo”.

7. Critério do legislador e do aplicador

Os princípios gerais do direito — acolhidos pela Constituição de modo amplo e generoso — tal como expostos pela melhor doutrina nacional e comparada, postulam moderação e prudência: a) ao legislador, ao formular as normas puni-

tivas; e b) ao aplicador, na delicada tarefa de *ascertainmento*.

Daí a razoabilidade da norma e dos atos de sua aplicação, preconizada por Régis F. Oliveira: “Referindo-se os julgamentos mencionados a hipóteses de *desvio de poder*, é pacífica a idéia de que o legislador não pode ultrapassar os limites do “razoável” para estipular sanções. É princípio do Direito brasileiro a individualização da pena (§ 13, parte final, do art. 153 da CF)” (op. cit., pp. 72-73).

Vê-se aí que a atividade aplicativa tangencia delicadamente o desvio de poder, com risco próximo de resvalar para o arbítrio, supremamente vedado pelo Estado de Direito.

Toda sabedoria humanística e acervo cultural que funda o constitucionalismo do estado ocidental civilizado moderno é sintetizado — com o abono da melhor doutrina (Manoel Pedro Pimentel, *Direito penal econômico*, Ed. RT, SP, 1973) — na advertência do autorizado Aftalion: “Sabido es, también, que el respecto por la personalidad humana impone un principio de mínima suficiencia en la penalidad, con arreglo al cual las limitaciones a los derechos humanos, que importan las penas, deben *reducirse a lo absolutamente indispensable*, so pena de incurrir en descrédito, ridículo, o de quedar como letra muerta” (Enrique Aftalion, *Derecho Penal Económico*, p. 33).

Não podem juiz e legislador olvidar as conseqüências individuais e sociais da pena: “A pena tem índole retributiva, porém, objetiva os fins de reeducação do criminoso e intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de *retribuição* da pena, mas aceita sua função utilitária” (E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1977, p. 227).

É que: “... o Estado... tem como finalidade a consecução do bem coletivo, que não pode ser alcançado sem a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade, e, portanto, quando se acham em jogo *direitos relevantes e fun-*

damentais para o indivíduo, como para ele próprio, Estado, e as outras sanções são insuficientes ou falhas, intervém ele com o *jus puniendi*, com a pena, que é a sanção mais enérgica que existe, pois..." (E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 228).

Entretanto: "Punindo não olvida... o Estado a *dignidade da criatura humana*... Conseqüentemente, a pena, sobre ser *proporcional* ao mal que ele praticou, deve tê-lo sempre em consideração. Como escreve Mezger, proporcionada ao ato, ela cai, consoante seu conceito, sob o *dogma do ato*, porém, não apenas isso, pois tem que ser adequada à personalidade do agente, caindo, então, sob o *dogma do autor*" (E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 228).

8. Proibição das penas perpétuas

A Constituição de 1988 — vale repetir — é categórica:

"Art. 5.^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XLVII — não haverá penas:

...

b) de caráter perpétuo".

O preceito reitera norma igualmente categórica da Constituição de 1946 (art. 141, § 31), que ficou implícita nos textos constitucionais do período autoritário (Carta Constitucional de 1967 e Emenda 1/69).

A lei não pode estabelecer sanções permanentes. Nenhuma sanção punitiva. Pela mesma razão, as leis não podem ser interpretadas de modo a gerar esse efeito. É categoricamente proibida a perpetuidade das penalidades, sejam elas quais forem.

É a lei das leis que o proíbe. Assim, inconstitucional a lei que prescreve pe-

nas permanentes. Inconstitucional o ato de aplicação que a estabeleça, num caso concreto.

O direito punitivo é estritamente submetido ao princípio da legalidade; diz a doutrina: "É a garantia suprema do indivíduo contra o *jus puniendi* estatal. Não somente garantia, pois, se se assinala à pena o fim intimidativo, é mister ser *cominada em lei*, é necessário seja conhecida. Sem isso não poderá eficazmente intimidar os indecisos e vacilantes. A legalidade não diz respeito, portanto, somente ao indivíduo, mas relaciona-se à prevenção geral, já apontada" (Magalhães Noronha, op. cit., p. 229).

Lei por excelência, a Constituição é a primeira pauta de legalidade. O alcance e sentido da legalidade penal são amplos. Por um lado a superlegalidade constitucional tolhe a perpetuidade de toda sanção punitiva. Isso corresponde a uma tendência ético-política universal.

"Todas as *sanções permanentes* devem ser proscritas dos ordenamentos jurídico-penais comprometidos com a defesa dos valores do homem" (René Ariel Dotti, *O novo sistema de penas*", p. 77).

Daí observar, agudamente, René Dotti: "Se a culpa é fundamento e limite da pena, a prisão eterna não pode fundar-se na culpabilidade posto ser inconciliável ao sentido espiritual do homem uma *culpa irremissível*, 'para todo o sempre'" (p. 79).

O cidadão infrator é punido segundo a *law of the land*, princípio que se pôs na base do constitucionalismo, como refração do *rule of law*, excludente do arbítrio e de todo subjetivismo. É a concepção clássica de Carrara: "Não deve ser ilegal; quer dizer, não se irroga legitimamente se de antemão a lei não a cominou. Quem pune deve ser a lei, não o homem. Veja-se a doutíssima dissertação de Knigswarter. *Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, Amsterdã, 135" (Francesco Carrara, *Programa do Curso*

de *Direito Criminal, Parte Geral*, v. II/93, Ed. Saraiva, 1977).

Este mesmo mestre mostra — mesmo escrevendo sobre um sistema que não tem regra constitucional explicitamente proibitiva, como o nosso — os fundamentos científicos da moderação da pena: “A fórmula *pena excessiva* oferece um duplice ponto de vista: num deles, o preceito que proíbe a *excessividade das penas* é ditado ao legislador pela ciência, por um supremo princípio de justiça; e é este, principalmente, o sentido em que procede a regra aqui ensinada. No outro ponto de vista, o preceito da não-excessividade é ditado ao juiz: e foi nesse sentido que consideraram a regra os velhos criminalistas” (op. cit., p. 95).

Por isso o nosso Cernicchiaro, com a autoridade de doutrinador e magistrado disse: “A *pena perpétua* também contradiz o princípio humanitário e o princípio do interesse público. Não faz sentido, em nossa quadra cultural, *privar alguém do exercício do direito de liberdade* para o resto da vida. Além de contrariar anseio de todo homem, abonado no mundo civilizado, nenhuma utilidade social é extraída. Ao contrário, apenas efeitos negativos, manutenção da ociosidade e transformação do ser humano em pária” (Luiz Vicente Cernicchiaro, *Direito Penal na Constituição*, RT, 2.ª ed., 1990, p. 112).

Outro não é o comentário do publicista e juiz da corte suprema que tão bem expôs a Constituição de 1946: “As penas de caráter perpétuo. É outra conquista do direito penal moderno — *toda pena é temporária*. Nenhum crime exige uma repressão e um *castigo perpétuo*. Para cada infração existe uma pena, correspondente e *proporcional* a sua gravidade.

Nas medidas de repressão, o legislador criou uma expressão simbólica na sua natureza e na sua severidade e que corresponde ao crime ou infração porventura praticadas” (Themistocles Brandão

Cavalcanti, *A Constituição Federal Comentada*, 2.ª ed., v. III/246, 1952, José Konfino Ed.).

E expõe seus fundamentos: “A *limitação* legal dos prazos da condenação, é uma conquista da civilização, que não nega, ao maior criminoso as oportunidades para uma regeneração, a sua volta ao convívio social, uma vez cumprida a pena que lhe foi imposta” (Themistocles Brandão Cavalcanti, *A Constituição...*, cit., p. 246).

Só a própria Constituição pode excepcionar o princípio que tão peremptoriamente pôs. Testemunha-o Antonio Carlos Mendes, tratando com proficiência do direito eleitoral: “Há uma única hipótese de *privação definitiva* ou de perda do *ius suffragii*: a perda da nacionalidade brasileira. Isto é, ser brasileiro, nato ou naturalizado é requisito constitucional da aquisição dos direitos políticos. Perdendo-se essa condição, perdem-se os direitos políticos” (*Introdução à Teoria das Inelegibilidades*, 1994, p. 81).

Comentando proficientemente preceito constitucional (de 1946) homólogo, o inesquecível e pranteado Basileu Garcia — mostrando o amplo alcance do princípio — escreveu: “Entretanto, a Constituição Federal, no art. 141, § 31, proíbe, indiscriminadamente, as *penas perpétuas*. Embora se esteja a ver que o legislador constituinte deve ter pensado unicamente na privação de liberdade, cuja interminabilidade contraria as tendências à humanização dos meios repressivos, é certo que alcançou, com o ilimitado preceito, *todos os tipos de penas e, assim, impedindo a perpetuidade das interdições de direitos...*” (*Instituições de Direito Penal*, v. I/684, t. II, 4.ª ed., Max Limonad.)

A invocação do administrativista Régis F. Oliveira completa a compreensão da questão: “É que a individualização da pena alcança *toda e qualquer infração*. É decorrência da interpretação lógica do

todo sistemático do Direito" (*Infrações...*, cit. p. 73).

Esse panorama doutrinário — sumário, mas eloqüente — faz ver que repugna ao espírito do nosso sistema jurídico e agride a letra das normas maiores nele inscritas, a perpetuidade das punições.

Não pode a lei estabelecê-la. Não pode o aplicador entender a lei de modo diverso.

9. Interdição de direitos

Tratando das interdições de direitos, René Dotti não vacila em qualificá-las a todas de "temporárias". Descreve didaticamente o nosso sistema: "As interdições *temporárias* de direitos consistem: a) na proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) na *proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício* que dependam de habilitação especial, de licença ou *autorização* do poder público; e c) na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (CP, art. 47)" (*O novo sistema de penas*, p. 110).

Esse subconjunto deve ser estudado à luz das teorias justificadoras e explicadoras do *jus puniendi*, como conspícua categoria constitucional. Estas são excelentemente expostas por Anibal Bruno:

"É verdade, como faz notar Binding, que todas as teorias, mesmo as absolutas, atribuem um fim à pena. Mas nas teorias absolutas o crime é não só um pressuposto, mas a própria razão de ser da punição. *Punitur quia peccatum*. Porque se praticou o crime, impõe-se a aplicação da pena. A idéia de qualquer fim, prevenção geral ou prevenção especial, é acessória.

Nas teorias relativas, o crime é apenas um pressuposto; a razão de ser da pena está no fim que se lhe atribua — prevenção geral, pela intimidação; prevenção especial, pela emenda ou segregação do condenado. *Punitur ne peccetur*" (Anibal Bruno, *Direito Penal*, Forense, t. 3.º, pp. 34-35).

No quadro de nosso sistema positivo — tal como delineado pelos doutrinadores que rapidamente citamos — vê-se ser abrangente e amplo o alcance da proibição terminante que a Constituição estabelece quanto à perpetuidade das punições.

Por isso Basileu Garcia acentua: "A incapacidade para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público é imposta, sempre, por 2 a 10 anos, quando o crime constitua abuso no exercício da profissão ou atividade, ou infração de dever a ela inerente" (*Instituições...*, cit., p. 455).

E agrega — formulando diretriz orientadora do aplicador: "Aliás, o entendimento consagrado no Código é o mais liberal, e as restrições a direitos se aplicam parcimoniosamente, com exegese preferentemente favorável" (op. cit., p. 457).

E mais adiante — reconhecendo a irresistível expansividade do preceito constitucional proibitivo — tratando de interdições "permanentes" (por sua natureza), Basileu adverte enfaticamente: "Convém esclarecer, todavia, que não é absoluto esse caráter permanente. Ao réu é facultado mais tarde reabilitar-se, isto é isentar-se da interdição, nas circunstâncias previstas pelos arts. 119 e 120 do CP, após o decurso de tempo, indicado na lei..." (op. cit., pp. 457-458).

E arremata, mostrando a universal abrangência da categórica vedação constitucional: "Terá o legislador constituinte pensado tão-só na privação da liberdade, mas o dispositivo que redigiu é ilimitado. Deve-se entender que em todos os casos de interdições de direitos há lugar para a reabilitação, preenchidos os rigorosos requisitos legais" (p. 458).

Isso significa que a lei — e à sua falta as normas inferiores, aplicadas prudentemente pelo Judiciário — deve prever meios e modos de recuperação de direitos, pelo infrator, sendo, mais que lícito, exigível o emprego da analogia, exata-

mente para não se deixar sem eficácia o princípio constitucional.

Enterria e Tomás Ramon, comentando leis espanholas prescritoras de penalidades perenes escreveram: “Estos preceptos plantean un verdadero reto al jurista, porque resulta bastante obvio que tal técnica de ilimitación de las sanciones es absolutamente contradictoria con exigencias elementales del Estado de Derecho” (*Curso...*, p. 178).

E cuidando de leis que não põem teto a multas punitivas — o que na Espanha parece possível, em contraste com o Brasil — advertem: “Por el juego combinado y sistemático de esos principios constitucionales no puede admitirse, pues, una interpretación simplista de esas Leyes que facultan multas ilimitadas” (p. 179).

Suas lições são tanto mais aplicáveis ao Brasil quanto mais estrito é o nosso regime constitucional de proteção à personalidade humana.

10. Desdobramento

Na aplicação da lei administrativa punitiva, os agentes punidores ignoraram o espírito do nosso direito e a tônica informativa do sistema de sanções.

Não deixam de aplicar-se ao caso as ponderações de Magalhães Noronha: “A personalidade impõe-se pela finalidade retributiva. Se a pena é o mal da sanção oposto ao mal do crime, se é retribuição de um mal por outro, é evidente que deve recair sobre quem praticou aquele mal e somente sobre ele. Daí a abolição do confisco, pena iníqua, que se projetava à descendência do criminoso. Privado este de seus bens patrimoniais, a família também vinha a sofrer as conseqüências” (op. cit., p. 229).

Sua invocação aqui é oportuna e apropriada. Não pode perpetuar-se inibição que atinge tão fundamentadamente a família do punido. O mesmo autor mostra que o confisco foi banido do direito brasileiro, como pena, exatamente por

causa desse perverso efeito. Da pena de confisco diz: “... não capitulada em nosso Código, não é frequentemente encontrada nas legislações, pois é iníqua, já que atinge outras pessoas, violando, assim, o princípio da personalidade da sanção” (op. cit., p. 231).

É exatamente essa a situação conseqüente à aplicação da punição em causa. Esse raciocínio deve aplicar-se ao caso sob exame, por idênticas razões.

Os aplicadores não atentaram para as advertências de Régis F. Oliveira: “As sanções que comprometem a atividade profissional do contribuinte, ainda que em débito com o Estado, são inconstitucionais” (p. 72).

Nessa passagem, reproduzia acórdão do STF, aplicador do princípio de preservação da atividade profissional do infrator (Rel. Min. Thompson Flores, *RDA* 95/57). Os fundamentos que o inspiraram são adequados a este caso.

Aprofundando a meditação sobre as exigências do nosso sistema jurídico a este respeito, Régis Oliveira oferece solução para a questão, pondo-a na correção judicial dos deslates praticados pelo Bacen e pelo CMN: “Em síntese, as sanções devem guardar proporção com a finalidade buscada. O *excesso* deve ser evitado e, em caso de exacerbação, o Judiciário reconhecerá a ilegalidade ou inconstitucionalidade da punição. O contraste do desvio de poder será apurado pela análise dos direitos individuais previstos na Constituição Federal” (*Infrações...* cit., p. 73).

11. Conclusão

Infrações administrativas jamais poderiam ter como conseqüência inabilitação permanente para o exercício de habilitações profissionais.

Como se trata de atuação do *ius puniendi*, abusivamente desempenhado, cabe invocar os princípios de direito penal aqui lembrados, para — mediante

decisão judicial corretiva — restituir nos seus direitos os atingidos.

Manifestamos certeza de que os órgãos do Judiciário não terão decisão diversa da que o STJ adotou no MS 1.119-DF (91.0014769-9), 1.ª Sec., Rel. Min. Peçanha Martins, decisão unânime):

“Ementa: Constitucional — Mandado de Segurança — Diretor de Instituição Financeira — Pena de inabilitação permanente — Impossibilidade. Art. 5.º

LXXVII, § 2.º e LXVI, letra *e* da CF. Deferimento — Os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição Federal não excluem outros tantos decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (art. 5.º, LXXVII, § 2.º). A vedação às penas de caráter perpétuo não pode ser interpretada restritivamente, estendendo-se às penalidades de suspensão e interdição de direitos capitulados no n. LXVI, letra *e*, do mesmo art. Segurança Concedida.”