

## - DIREITO PENAL TRADICIONAL OU DIREITOS HUMANOS

Direito penal primata, medieval, capitalista e selvagem

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto (\*)

candidomaia@uol.com.br

Objetivamente vamos tratar das teorias universais do direito penal, segundo os velhos conceitos ortodoxos, como também de propostas avançadas e democráticas. Nos dizeres de Antonio Beristain, “precisamos de algo melhor que o direito penal e a criminologia” (1).

A história do direito penal mundial tem apresentado muitos dogmas, ainda com aplicação no mundo moderno e civilizado da administração da justiça (2). É certo que o direito penal sempre foi e será uma espécie de controle social. É a própria luta de poder, onde o mais forte – o Estado - vence o mais fracos – cidadãos vulneráveis do sistema penal -, ditando regras e impondo sanções, mesmo que sejam injustas, desumanas, infamantes ou cruéis. Na época da forca, por exemplo, havia muitas perseguições políticas, os julgamentos eram secretos e parciais, as acusações eram produzidas sem provas e interrogatórios bastante sugestivos sob torturas oficializadas (3).

Nos Estados ou regimes autoritários, ditatoriais, despóticos e anti-democráticos o sistema legislativo pouco se importa com as garantias fundamentais da cidadania, garantias judiciais ou com a dignidade da pessoa humana, o importante é acusar e condenar para dar resposta – qualquer uma – à sociedade em geral, intimidar e demonstrar a eficiência da atuação dos órgãos da repressão estatal.

A origem do direito penal e seus precedentes históricos nos reportam a época da “vingança privada e divina”, até os dias de hoje com a chamada “vingança pública” segundo as fases da pena -, uma vez que quando o sistema criminal atua, “rouba”, “assalta”, “confisca” e “sequestra” o conflito social, retirando dos verdadeiros protagonistas - criminoso e vítima -, o direito de participar mais ativamente da ação penal pública, principalmente do titular do bem jurídico-penal lesado, a vítima. Redefine o problema – crime – e não o resolve, isto é, não indeniza a vítima dos danos sofridos; bem como não ressocializa o autor do ilícito (4).

O Estado-Administração-Justiça ao se interferir na repressão do delito, para exercitar o ius perseguendi e o ius puniendi, como dever da prestação jurisdicional (5), acaba excluindo do litígio a vítima, ficando o ofendido sem vez e sem voz durante a ação penal, pouco participa e pouco influi na condução do processo penal, podendo a vítima até ser humilhada e conduzida (6).

Tal consequência tem origem no tempo, vez que se prefere até os dias atuais, proporcionar cada vez mais uma maior repressão estatal no combate ao crime, e para encontrar e responsabilizar o autor verdadeiro ou um autor qualquer, como resposta à sociedade, assim aumenta o poder penal das agências policiais e judiciais. Também implementa-se de maneira equivocada o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, sem permitir a aplicação do princípio da oportunidade, restando este apenas no âmbito da ação penal privada.

Hoje a doutrina penal, a literatura especializada e a criminológica moderna recomendam que o princípio da oportunidade seja utilizado e aferido tanto na ação penal pública como na privada (7), posto que se deve reconhecer em cada caso in concreto os princípios da insignificância da lesão, os danos resultantes do crime, a economia processual e a utilidade do movimento da máquina judiciária; sem olvidar os institutos da renúncia – tácita ou expressa – do ofendido; e o perdão judicial que precisa ser ampliado para que o magistrado possua poder para aplicar na persecutio criminis como no momento da decisão, ou ainda deslocar o caso a outra instância jurídica – civil, trabalhista, comercial, administrativa, etc., sem com isto gerar impunidade e desrespeito ao princípio

da legalidade.

Existem muitas correntes e teorias científicas modernas no direito penal; porém o denominado direito penal promocional, político ou demagógico – antigo, medieval e retrogrado – impede seu desenvolvimento e sua aplicação prática. O direito penal tradicional - da inverdade - e não da libertação – da verdade evangélica e teológica - ou da libertação – da verdade científica e dogmática - (8), sufoca o direito criminal moderno, através de discursos que legitimam o abuso do poder, o arbítrio e os desmandos do poder (9), fazendo o estado de polícia prevalecer frente ao Estado democrático de direito (10).

Há sempre a manutenção do poder via uma mentalidade arcaica voltada para a manutenção de rituais processuais, de tradições, dogmas e ortodoxias herdadas de períodos históricos hodiernos, fazendo parecer atual e real, verdadeiros mitos e ficções com roupagem camuflada de cientificidade.

Mentalidade esta impregnada na consciência dos operadores do direito – policiais, juizes, advogados, agentes do ministério público, etc. – imposta por centros universitários e academias, ademais da pressão sofrida por parte da mídia e da sociedade civil, sem falarmos dos comandos hierárquicos institucionais e do poder hegemônico ou central, que distribui “lições - orientações” como se fossem as melhores e mais atuais, e assim sucessivamente o velho fica sempre parecendo novo e moderno; por certo só para aqueles que desconhecem a história política verdadeira do direito penal universal.

Para legitimar o poder repressivo estatal o direito penal vem com várias teorias, entre elas destacamos a lobrosiana, de Cesar Lombroso; a ferriana, de E. Ferri, ambas vinculadas a criminologia clínica ou positivista do séc. xviii e início do séc. xix, ainda com forte influência na atualidade, de maneira velada; a doutrina penal da defesa social de Felippo Gramatica e o neodenfismo de Marc Ancel (1940 e 1960); a doutrina da segurança nacional (1960), a doutrina da segurança pública ou cidadã, de 1980, até hoje reinante com várias vertentes, entre elas a globalização do direito penal, a “tolerância zero”, o direito penal funcionalista, a teoria da sociedade de risco, o direito penal do inimigo, etc..

Por outro lado, as teorias que tentam deslegitimar os excessos e abusos do direito penal, são as que pleiteiam proibições como a dos tipos penais difusos, incertos, abertos ou indefinidos, em nome dos princípios da legalidade e da taxatividade; são os discursos em prol das garantias judiciais, a exemplo da proibição dos juízos de exceção para assegurar a imparcialidade e o princípio do juiz natural, a ampla defesa e o contraditório, ademais do necessário respeito ao princípio da soberania, validade hierárquica das normas penais frente preeminência das cláusulas de Direitos Humanos.

Somente com a correta aplicação da lei via a principiologia e regras de hermenêutica do direito, com uma jurisprudência penal verdadeiramente democrática (11), se poderá efetivar o direito penal-constitucional ou do Estado de Direitos Humanos, já idealizado, desde a revolução francesa (1789) com as máximas *liberté, fraternité e égalité*; e jamais a jurisprudência autoritária que usa expressões do tipo “entendimento majoritário”, “unânime”, “mais acertado”, “jurisprudência predominante”, “a melhor doutrina” ou “abalizada orientação jurisprudencial”, poderá com estes chavões jurídicos contribuir para as mudanças necessárias, pois tem servido apenas para engessar o direito e o livre convencimento dos profissionais.

Queremos nos referir ao conjunto de princípios gerais que norteiam a práxis de uma justiça penal verdadeiramente democrática e comprometida com as necessárias transformações, e não aos princípios que sustentam o estado autoritário (12), como in du dúbio pro reo, necessidade do onus probandi estatal, presunção de inocência, interpretação restritiva e extensiva favorável ao acusado, direito penal mínimo, pena privativa de liberdade como *ultima ratio*; versus in dubio pro societate, onus da prova invertido, presunção de periculosidade e de culpabilidade, interpretação extensiva

prejudicial ao réu, direito penal máximo, pena privativa de liberdade como *prima ratio*, respectivamente.

Cesar Beccaria, com seu opúsculo “Dos Delitos e das Penas” (1763-1764), já propunha mudanças na postura dos costumes nos julgamentos e propostas para um novo direito – justiça – penal, como os filósofos do iluminismo, Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Jhon Howard, o conhecido pai do penitenciarismo mundial, escreveu “The state of prisons in England” (1777), todos denunciando os arbítrios daquela época, das leis, das penas, das prisões e dos tribunais (13).

O direito penal antigo precisa ser suprimido pelas teorias humanistas penais e vitimológicas, a exemplo do denominado “direito penal do perdão” (14). Muitos que se dizem juristas ou professores falam que se trata de um direito penal romântico ou de uma proposta filosófica-cristã, que nada tem haver com as ciências criminais. E mais, que o autor do “direito penal do perdão” é um padre e que tenta aplicar conceitos religiosos de penitências no sistema estatal. Enganam-se todos, se assim pensam, Antonio Beristain é sim um digno jesuíta, mais antes de tudo um dos maiores filósofos do direito, escritor, professor emérito, doutor honoris causa de universidades européias, por esta razão é na atualidade respeitado e considerado pelos maiores penalistas do mundo (15). Se assim fosse, como ficaria do mesmo modo o valioso trabalho de Dom Evaristo Arns, Zilda Arns, Dom Eugênio Salles, Padre Bruno Trombeta, Padre Lanceloti, Frei Beto, e a Comissão de Justiça e Paz, quando propugnam o direito penal humanitário, contra os abusos da repressão estatal, a este exemplo cito também o emérito jurista René Dotti, com o denominado “Direito Penal do Terror” (16). Devo, aos cépticos, incrédulos e reacionários, citar São Francisco de Assis, quando reza: “onde houver ódio, que eu leve o amor; onde houver discórdia que eu leve a união; onde houver ofensa que eu leve o perdão”.

Registra a história que Cristo foi injustamente julgado, condenado e crucificado, como todos os cidadãos ainda estão sujeitos a barbárie dos tempos modernos, de receber acusações sem prova e condenações injustas.

Há também os modismos no direito penal e na administração de justiça estatal, que faz surgir e ressurgir certas teorias e conceitos já a muito tempo ultrapassados, porem voltam em cenas policiais-forenses, como se fosse um “tisonâmi jurídico”, a exemplo do princípio da razoabilidade do tempo da prisão provisória; propostas de aumento de crimes e de penas; severidade e disciplina nos presídios, justificadas com os mesmos critérios de outrora, basta ler na literatura penal e nas exposições de motivos dos códigos revogados e vigentes, sob o pretexto de maior controle, eficiência, segurança pública, etc.

Estas propostas ressurgem, de tempo em tempo, porque está comprovado que o direito penal não têm eficiência que diz ter para prevenir, reprimir e para reintegrar os condenados à sociedade. A cada vez que for preferida e intentada maior repressão vamos voltar aos tempos da barbárie e chegar na pena de morte; e só assim veremos que ela não serve para combater a criminalidade, e reiniciaremos a jornada das propostas humanistas e humanitárias que hoje não são compreendidas e aceitas por muitos.

O direito penal tradicional tem origem nas ondas de prisões ilegais, condenações injustas e indevidas, em torturas e pratica processuais desumanas, lamentos e dor, muita opressão, razão pela qual surge a necessidade de observância aos Direitos Humanos, falo dos direitos fundamentais dos presos, dos processados e também das vítimas.

Os vulneráveis do sistema continuam os mesmo, apesar de ser ter demagogicamente tentado demonstrar que delinquentes do “colarinho branco”, estão sendo alcançados pela malhas do sistema penal. Mas é só perceber que se trata de um direito penal promocional. Quando se pergunta: A onde estão as condenações e a onde está o respeito aos devido processo legal para estes casos, porque

a base das acusações e das condenações são as escutas telefônicas e a quebra de garantias constitucionais fundamentais, muitas vezes ilegalmente e depois consertados pelo “jeitinho brasileiro”, para dar amparo ao princípio da verdade processual, das provas lícitas e das acusações democráticas, como táticas que o sistema autoritário sempre utilizou, e hoje com nome de Estado Democrático, ainda utiliza.

Estamos vendo uma gigante onda “tisumâni jurídico”, as piores propostas, como incarceration mania, criminalização, penalização, aumento do direito penal subterrâneo, mais impunidades, seletividade do sistema, insegurança pública e jurídica que dá margem ao Estado de Polícia. Precisamos de um direito penal mínimo e do reducionismo penal, para frear abusos da repressão e violações por parte do Estado (17) “A segurança pública tem que se segurar. Se segura segurança” (18).

Primeiro é preciso julgar para depois condenar, não acusar por causar, punir por punir (19), as acusações não devem ser anunciadas, promocionadas, para pressionar uma condenação, porque se for assim estaremos fazendo o mesmo que as “mortes anunciadas” de Gabriel Garcia Márquez.

Antigamente a práxis do direito penal era demonstrar medo e terror, à sociedade, o poder do Estado ou dos Tribunais do Santo Ofício se manifestavam através dos Autos de fé, com penas bárbaras, como a de morte era executada em dias festivos, em feriados ou nos domingos em praça pública, ao tentar dar exemplo ao mesmo tempo intimidava; hoje no direito penal moderno a forma é outra, via Autos de ação penal pública através do sensacionalismo produzido pela mídia, Tvs, rádios e jornais; portanto, “desesperar jamais” (20).

Parece ser tudo utopia nada se concretiza, nada se efetiva, nem a CARTA MAGNA e os direitos fundamentais da cidadania são respeitados, porque não começamos falar e criar a moda ou a onda da blindagem das garantias constitucionais do processo penal, porque não falamos abertamente das injustiças ou das negações de justiça e a responsabilização dos crimes de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), para aqueles que não querem e insistem e não respeitar os Direitos Humanos.

O sentimento de justiça acompanha o sentimento de fé e de esperança. A palavra justiça é contrária a impunidade, ao poder arbitrário, a barbárie; é um sentimento natural que faz parte do ser humano, independentemente do tempo, de lugar, de religião ou do grau de cultura, razão pela qual as civilizações mais antigas também se revoltavam contra as injustiças, contra os abusos, contra a corrupção e contra a violência em geral (21).

## NOTAS

(1) Beristain, Antonio, in “Buscamos Algo Mejor que el Derecho Penal y la Criminologia: La Victimologia” (título original em espanhol), obra no prelo para publicação também no Brasil.

(2) Maia Neto, Cândido Furtado, in “Penitenciariismo en el Mercosur”, Ed. Fabris, Porto Alegre-RS, 1998.

(3) Maia Neto, Cândido Furtado, in “Inquisição e Justiça Penal Contemporânea” Tribunais do Santo Ofício e as Heranças da Repressão. Estado Democrático versus Regime Ditatorial, Revista Pratica Jurídica – Consulex, Ano III – nº 32, 30/11/2004, pg. 16/26, Brasília-DF.

(4) Binder, Alberto M. in “-Estratégias para a Reforma da Justiça Penal” – Alberto M. Binder, Revista

Jurisprudência Criminal Brasileira, Ed. Juruá - Curitiba, vol. 33, 1994 (artigo). Tradução do espanhol para o português por Maia Neto, Cândido Furtado.

(5) Art. 5º inciso xxxv e xxxvi, CF

(6) Art.201CPP A condução da vítima, em outras palavras, é o mesmo que ser detida em seu escritório ou em sua casa, quando levada até o edifício do fórum

(7) Maia Neto, Cândido Furtado in O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos, ed. Juruá, Curitiba, 2003. Gonzalez Alvarez, Daniel, in “El Principio de Oportunidad em el Ejercicio de la Accion Penal”, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Ano II, nº 34, noviembre, 1993, pg. 39 e sgts., Guatemala, República de Guatemala

(8) Aniyar de Castro, Lola; in Criminologia de la Liberación, ed. Univ. Del Zulia, Maracaibo-Venezuela, 1987.

(9) Zafaroni, E. Raúl, in “Criminologia aproximación desde un margen”, ed. Temis, Bogotá, 1988; e “En busca de las penas perdidas”, ed. Temis, Bogotá, 1990

(10) Vidigal, Edson Min.STJ, Revista Isto É, julho/2005.

(11) Maia Neto, Cândido Furtado; in “Jurisprudência Criminal Democrática: Correta Aplicação da Hermenêutica, dos Princípios de Direitos Humanos e da Teoria Geral do Ordenamento Jurídico à luz do Garantismo Penal”; Revista Prática Jurídica, ed. Consulex, Bsb-DF, ano III, no.23, 29 de fevereiro/2004; Revista Jurídica UDC Faculdade de Direito/Foz do Iguaçu; Vol. 1; Nº 1; Editora Juruá; Curitiba/2004.

(12) Maia Neto, Cândido Furtado; “Direito Penal Democrático versus Direito Penal Ditatorial, in “Inquisição e Justiça Penal Contemporânea” Tribunais do Santo Ofício e as Heranças da Repressão. Estado Democrático versus Regime Ditatorial; Revista Prática Jurídica – Consulex, Ano III – nº 32, 30/11/2004, pg. 16/26, Brasília-DF.

(13) Maia Neto, Cândido Furtado, ob cit “Penitenciário...”

(14) Maia Neto, Cândido Furtado, in “Justiça Penal Democrática e os Direitos Humanos”, Revista Bonijuris, ano xvii, 4º 499, junho/2005, Curitiba-PR

(15) Beristain, Antonio, in “Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia”, tradução Maia Neto, Cândido Furtado.

(16) Dotti, René Ariel: in “Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura”, Ed. Juruá, 2º ed. 2005, Curitiba.

(17) Ferrajoli, Luigi, in “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

(18) Nogueira, João: cantor e compositor.

(19) IN DUBIO PRO SOCIETATE x PROCESSO PENAL GARANTISTA

(Ana Cláudia Bastos de Pinho, Promotora de Justiça do estado do Pará) “Na dúvida, arquiva-se, tranca-se a Ação Penal ou absolve-se (in dubio pro reo), e nunca se processa, pronuncia-se ou condena-se (in dubio pro societate). As garantias individuais são direitos concretos que prevalecem ante as abstrações (in dubio pro societate), estas servem ao direito autoritário, aos regimes antidemocráticos ou aos governos ditatoriais. Não se pode permitir que nos regimes democráticos as abstrações “em nome da sociedade” venham destruir o sistema jurídico humanitário positivo, para dar lugar a um odioso direito repressivo, onde o Estado condena e acusa sem provas concretas” (MAIA NETO, Cândido Furtado – Promotor de Justiça do Estado do Paraná, in O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos”, ob. cit.)

(20) Lins, Ivan: cantor e compositor

(21) Kardec, Allan: in O Livro dos Espíritos, pg. 338 (conceito e definição de justiça), Ed. FEB, Bsb-DF

---

(\*) Professor Pesquisador e de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Expert em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR. Membro do Movimento Nacional pro Ministério Público Democrático (MPD). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Assessor do Procurador-Geral de Justiça do

Estado do Paraná, na área criminal (1992/93). Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Conferencista internacional e autor de várias obras jurídicas publicadas no Brasil e no exterior. E-mail: candidomaia@uol.com.br