

- DIREITOS HUMANOS DO PERDÃO OU DIREITO PENAL DO TERROR

Estado Democrático versus Estado Gendarme

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto (*)

candidomaia@uol.com.br

"Que o perdão seja sagrado
Que a fé seja infinita
Que o homem seja livre
Que a justiça sobreviva".
(Ivan Lins e Vitor Martins)

Assistimos e vivenciamos uma praxis jurídico-penal-criminológica latino-americana (e também em alguns países do "Mundo Primeiro ou desenvolvidos") fortemente conservadora, reacionária, ortodoxa, sobre tudo, excessivamente repressiva que impede mudanças comportamentais nos protagonistas do sistema de administração de Justiça criminal (juizes, representantes do Ministério Público, policiais, agentes penitenciários, advogados - defensores públicos -, etc.), cujas exigências nos tempos atuais, são extremamente necessárias.

A hora chegou, como roga Antonio Beristain (in "Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia"; ed. UNB, 2000, Brasília-DF, tradução Maia Neto, Cândido Furtado), onde o mestre espanhol propõem o cambio da justiça penal eminentemente retributiva pela justiça penal conciliadora, construtiva e reparadora, que olha para o futuro e não somente para o passado, sendo preciso pensar e começar aplicar efetivamente o Direito Penal do Perdão, solidário, fraternal e generoso, como alternativa aos métodos arcáicos de repressão, do ódio, das vingança pública e da opressão estatal, a fim de justificar a existência racional e lógica do sistema de justiça penal contemporânea.

Todas as literaturas especializadas buscam soluções para as questões centrais do direito penal, objetivando proporcionar respostas eficientes aos conflitos sociais (ao crime, ao delito e as infrações...), tipificados e considerados inaceitáveis pelo direito, em nome da moral e dos bons costumes, como exigências sociais e individuais dos cidadãos.

Algumas legislações de outrora estabeleceram, e outras vigentes regulamentam, o que se pode chamar de "direito penal do perdão", os antigos sistemas revogados, possuíam regras muito menos tímidas do que as que contém as leis criminais na atualidade.

Por exemplo. No direito penal romano os danos causados à propriedade pública ao particular, ordinariamente se procedia via justiça administrativa, com o fim da promoção de interditos civis; neste último caso, recaía também sobre as coisas hereditárias (ver Mommsen, Teodoro, in "Derecho Penal Romano", ed. Temis, Bogotá, 1991). Este ligeiro exemplo da história jurídico-penal possibilita melhor compreensão para a compaixão quando defendemos os direitos das vítimas e o perdão judicial no seu sentido mais amplo.

A título de estudo comparado do direito do menor-infrator, a legislação italiana (Decreto datado de 15 de novembro de 1938) facultava ao juiz, a pedido do interessado ou do Ministério Público, ou até mesmo de ofício, o poder de conceder Perdão Judicial, quando o agente ativo do "ilícito" era maior de 18 e menor de 25 anos de idade, e que ao tempo do ato tivesse demonstrado capacidade de

reintegração ao convívio social, ante o reconhecimento de sua culpa e responsabilidade pelo ato praticado.

A lei criminal positiva brasileira prevê o "perdão judicial" - facultativo, sempre condicionando à discricionariedade do magistrado -, como um instituto do direito que visa atender os princípios da equidade e da humanidade, objetivando a diminuição e sustação da aplicação da pena; por exemplo, nas hipóteses de homicídio e leses corporais cuposas, o juiz pode deixar de aplicar a pena: se as consequências da infração atingirem o próprio agente (art. 121, parágrafo 5º, e art. 129, parágrafo 8º CP); conforme a circunstância referente a falta de pagamento de refeições, hotel ou transporte coletivo (art. 176, parágrafo único CP); na receptação culposa de processado primário (art. 180, parágrafo 3º CP); no adultério quando já havia cessado a vida em comum dos cônjuges; na subtração de incapazes, quando o menor ou interdito foi restituído, sem sofrer maus-tratos ou privações (art. 249, parágrafo 2º CP); na infração de associação secreta (art. 39 parágrafo 2º LCP); e ainda na Lei de Falência art 186 parágrafo único; Lei de Imprensa art. 22, parágrafo único; Código Eleitoral art. 326, parágrafo 1º; sursis e livramento condicional.

Reza o Código penal: o juiz poderá suspender a execução da pena privativa de liberdade quando no superior a dois anos, para condenado não reincidente, e conforme a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias que autorizem a concessão do benefício (ver art. 77 usque 82 da lei. 7209/84).

Os tipos penais privilegiados, em outros términos são também uma espécie legal de perdão expreso, diretamente no código penal

Percebe-se que o perdão judicial (art. 120 CP parte geral) é tão magnânimo, que inclusive não se leva em conta para efeito de reincidência. O "veredicto" que o concede é de natureza meramente declaratória, por isso, como diz, Cernicchiaro (Luiz Vicente, in "Reforma Penal, ed. Saraiva, SP, pg. 35) trata-se de um incentivo judicial, apesar da existência do crime afasta a sanção, em nome do princípio da humanidade para o caso em concreto; além, como entende Brussolo Pacheco (Wagner, in "O perdão judicial no Direito brasileiro - Natureza jurídica e consequências, Rev. Justitia 116/157) afasta qualquer pretensão executória, em face da não caracterização do "status poenalis", se assim não fosse, exemplifica, é o mesmo que "o fogo se apague, mas continuasse a produzir luz e calor...".

A concessão do perdão judicial isenta inteiramente o réu de culpa; vale dizer, continua o acusado na condição de primário, excluindo tanto a pena principal como qualquer efeito legal originário, vez que é ilógico subsistir condições de remanescência de fato que foi judicialmente perdoado. A essência do perdão é a não aplicação de nenhuma espécie de sanção ou condição legal e judicial.

Também pode o ofendido renunciar o direito de queixa e/ou perdoar, tacita ou expressamente o acusado nas hipóteses de "ilícitos" de ação penal privada (arts. 104/105/106/107, inc. v, da lei n. 7209/84), produzindo efeitos legais para a extinção da punibilidade.

Existe outra maneira legal de perdoar o réu, ainda que já sentenciado e condenado, através das clemências do Chefe do Poder Executivo, via indulto (individual ou coletivo, que vige nas épocas de páscoa ou natalina), anistia (individual ou coletiva, sempre nos períodos de mudança de regime de governo, própria para delitos definidos como políticos), e a graça presidencial de comutação, seja pela diminuição ou permutação da pena, sempre do mais grave para o mais brando (arts. 107, inc. II lei n. 7209/84, c.c. inc. xii do art. 84 Constituição federal), princípio da aplicação mais favorável e da proibição de majorante sancionatória.

Quanto a estas últimas formas legais de perdão, parte da doutrina lança suas críticas, alegando quebra da independência dos Poderes do Estado nos sistemas democráticos, ingerência ou

interferência do Executivo frente ao Judiciário. Data vênua, conceder ao Presidente da República o direito de clemência nada mais é do que abrir possibilidades ao "direito penal do perdão", e, aumentar o espectro de controle entre os Poderes do Estado no sistema democrático, extremamente exigido, em face a retração das agências penais - nas palavras de Zaffaroni - ou melhor da falsa consciência arraigada de defesa social dos protagonistas da administração de Justiça.

O professor Zaffaroni, ainda, chega a colocar que ao Presidente da República lhe compete, indultar na fase anterior a sentença judicial (ver "Systemas Penales y Derechos Humanos en America Latina, ed. Depalma, 1986, Buenos Aires, pg. 102), argumentando que se lhe é dado o direito de conceder clemência depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, pode, perfeitamente lançar mão de sua atribuição legal, antes do "veredicto", até para diminuir o excessivo efeito estigmatizante que possuem os processos criminais. Somente uma questão pode ser levantada, na hipótese do acusado desejar continuar no processo para ver o "decisium" de mérito (com trânsito em julgado sentença firme), e provar sua inocência.

A autorização dos governantes do Executivo para indultar, surge de tempos imemoriais, onde podemos citar, o indulto de Cristo conforme descreve a Bíblia, no novo evangelho quando Jesus foi libertado em troca do ladrão Barrabás.

Tudo que possa levar a maior repressividade social, individual ou coletiva, através de movimentos de terror, via teorias do tipo "lei e ordem", "tolerância zero", "direito penal espacionista", "direito penal do inimigo", "direito penal de autor", que propugnam pelo aumento de penas, criminalizações, ampliações da segurança pública como a criações de mais órgãos policiais eminentemente repressivos, construções de cárceres para a reclusão no atacado, etc. (ver Dotti, René Ariel, in "Movimento AntiTerror" ed Juruá, Curitiba-PR, 2006), devemos ser contrário; e amplamente receptivos às propostas de indulgências aos seres humanos, principalmente, se levarmos em conta o "status" sócio-econômico das pessoas "vulneráveis" ao sistema de administração de Justiça penal em nossa América Latina (ver Maia Neto, Cândido Furtado, in "O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos", ed. Juruá, 2004, Curitiba-PR; e "Promotor de Acusação ou Promotor de Justiça", www.andep.org.br – Associação Nacional dos Defensores Públicos, e www.aidp.org.br – Associação Internacional de Direito Penal).

Os sistemas judiciais penais que atuam em nome dos Estados autoritários, usam expressões do tipo "ordem pública" e "bem comum" para justificar prisões e processamentos, acusações e condenações indevidas, em desrespeito ao "ius libertatis" e ao princípio da presunção de inocência (ver Damascena de Farias, Edno: in "O Estado-Gendarme-Acusador", ed. UNIMAT, Cáceres-MT, 2006).

O perdão judicial nada mais é do que um diálogo entre o Estado-Juiz e o processado, onde se realiza um ideal estágio de entendimento via conciliação entre a autoridade e o cidadão, com vistas à aplicação do "direito penal do perdão".

Perdoar significa descobrir ou procurar compreender outras verdades, que não sejam somente aqueles dogmas trazidos ao longo dos tempos, sem nenhuma utilidade prática e muitas vezes inúteis, irracionais e ilógicos, de condenar por condenar, aplicar alguma espécie de sanção para dar resposta à sociedade.

O perdão judicial penal não deve ser entendido como sinônimo de impunidade, descaso ou benevolência, mas o acatamento de princípios penais democrático que se coadunam com as exigências básicas dos direitos fundamentais da cidadania.

No Juri Popular, por exemplo, a sociedade perdoa, até o delitos considerados atroz.

Estatisticamente, pode-se afirmar que a maioria dos julgamentos efetuados pelo Tribunal do Juri (crimes dolosos contra a vida, "ex vi" do inc. xxxviii, art. 5º CF, cc. art. 121 usque 128 do Código penal, crimes de homicídio; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio e aborto) resultam em sentenças absolutórias e quando não são, na pior das hipóteses, os juizes de fato, desclassificam a imputação, no sentido de minorar a pena, para não fazer sofrer ainda mais o réu, qua na sua qualidade de acusado vem carregando um estigma durante todo o tempo da "persecutio". O processo penal por si só, caracteriza constrangimento, o que é muito diferente ser réu em ação civil ou procedimento administrativo.

As leis nº 9.099/95 e 10.259/01, que dispõem sobre os Juizados Especiais Criminais Estaduais e Federal, é um exemplo de tendência a adoção do "Direito Penal do Perdão". Trata-se de procedimento com base na conciliação e transação, simplicidade e informalidade processual-penal (da Justiça criminal) para julgamento de infrações de pequeno potencial ofensivo, cuja pena não ultrapasse a 2 (dois) anos.

Sem sombra de dúvida a idéia de proporcionar uma justiça mais humana, moderna, rápida e celere, será sempre bem acatada por toda a sociedade.

Para o direito penal do perdão ser ainda mais eficiente bastaria que o legislador ampliasse o instituto incluindo no Código Penal e Processual Penal, outros dispositivos, como por exemplo:

- a) estabelecer critérios mais elásticos que autorizem o magistrado a conceder perdão judicial, em nome dos princípios da proporcionalidade e de humanidade, ampliando-se desta forma a discricionariedade do Poder Judiciário e o próprio conteúdo do art. 120 do Código Penal;
- b) abrir a possibilidade de perdão ou de excludente no artigo 15 do Código Penal, quando por desistência voluntária e arrependimento eficaz, não ser responsabilizado criminalmente pelos atos praticados;
- c) no Código de Processo Penal, a proposta é inserir um parágrafo com alguns incisos no artigo 28, permitindo ao Ministério Público, na qualidade de dominus litis da ação penal pública e titular da persecutio criminis, arquivar o inquérito policial e/ou abrir mão da denúncia, em nome do princípio da oportunidade, utilidade e economia processual, nos delitos de bagatela (princípio da insignificância), em alguns crimes sem vítimas ou sem danos; nas hipóteses de reparação do dano à vítima ou quando esta desiste ou ainda quando o ofendido não tem interesse em continuar com o litígio; e outras hipóteses mais.

É a ampliação legal na norma penal substântiva e adjetiva, em nome da humanização e racionalização da administração de justiça criminal.

A observância de princípios reitores do direito penal, como o da proporcionalidade da sanção, e da humanidade na aplicação da pena devem predominar permanentemente a fim de se efetivar o denominado e tão almejado "direito penal do perdão".

Se faz necessário que não se permita a quebra das garantias fundamentais da cidadania, que se continue preservando todas as espécies de proteções judiciais da cidadania no Estado Democrático de Direito, por serem os direitos individuais constitucionais indisponíveis, inderrogáveis e irrenunciáveis, como cláusulas pétreas de Direitos Humanos, auto aplicáveis e de hierarquia vertical prevalentes frente as normas ordinárias, razão pela qual as garantias processuais-constitucionais são blindadas, onde não se admite qualquer espécie ou forma de aniquilamento, mitigação, restrição ou supressão, seja por intermédio do direito interno com interpretações extensivas prejudiciais ou por meio de jurisprudência anti-democrática, que atenta contra os instrumentos internacionais de Direitos Humanos, devidamente aderidos e ratificados (ver Maia Neto, Cândido Furtado, in "A

Blindagem das Garantias Fundamentais no Processo Penal, www.andep.org.br – Associação Nacional dos Defensores Públicos; e Revista Jurídica nº I da UNISEP, Faculdade de Direito do Sudoeste do Paraná).

No sistema constitucional-penal democrático brasileiro as regras de direito internacional, como os tratados, pactos e convenções de Direitos Humanos, possuem prevalência e soberania na ordem de validade hierárquica, permitindo-se a interpretação extensiva quando favorável ao réu, bem como a aplicação de analogia in bonam partem; jamais a interpretação prejudicial ou a analogia in malam partem, nos termos do arts. 1º, I e 3º do Código de Processo Penal pátrio vigente, c.c. art. 4º, II, e parágrafos do art. 5º da Carta Magna (ver Maia Neto, Cândido Furtado, in “Código de Direitos Humanos para a Justiça Criminal Brasileira”, ed. Forense, 2003, Rio de Janeiro-RJ) .

O pai perdoo o filho, mesmo nas maiores faltas, e ainda, busca solucionar e amenizar a situação criada por ele. Porque o Estado-Acusação ou o Estado-Juiz, não tem autorização e legitimidade para perdoar nos termos da lei dos princípios gerais democráticos e humanitários.

Cito João Batista Herkenhoff, renomado e ilustre magistrado do Estado do Espírito Santo, cujo espírito humanista ressalta em seu caráter de profissional ético, responsável e preocupado com uma verdadeira justiça humanitária, quando em sua obra “Uma Porta para o Homem no Direito Criminal”, diz: “A rigor, o perdão do ofendido não extingue a ação penal pública. Contudo, essa situação se modifica quando o Ministério Público acolhe os fundamentos do pedido...não é a Justiça a única e mais eficaz força de restabelecimento do equilíbrio social rompido pelo crime... Há outras forças, poderes e instrumentos que restauram o equilíbrio, a Justiça e a paz social: um desses é o perdão” (in ed. Forense, RJ/1980; pg. 84).

Até nos sistemas de justiça penal mais fechados, como o muçulmano fundamentalista que se rege em base ao Alcorão, onde o direito se confunde com a moral e com a religião, admitindo-se a sanção capital para determinados delitos graves, consta Deus como misericordiosíssimo; porque então o homem-juiz, gerado e criado por ele, a sua semelhança, também não o é, para conceder o perdão da pena.

Concluo com a universal oração que aprendemos quando criança: “Pai Nosso que estais no Céu;...Perdoai nossas ofensas como perdoamos nossos ofensores”, para um Novo Direito Penal sem vingança pública, com mais amor no coração dos homens de Boa Vontade - juizes, promotores de justiça, delegados...-, caminhemos cada um de nós, com responsabilidade e ética nas nossas missões terrenas, com muita fé em Deus e grande Esperança na JUSTIÇA, com letras maisúculas.

Anexo

ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO versus ESTADO DITATORIAL- DE POLÍCIA

Devido Processo (Penal) Legal Processo-Penal repressivo
Garantias fundamentais da cidadania Ordem pública imperante

Direito Constitucional Direito Penal Autoritário
Direitos Humanos Estado Gendarme

prevalência dos Direitos Humanos versus prevalência da lei ordinária
presunção de inocência versus presunção de culpabilidade
in dubio pro reo versus in dubio pro societate
analogia in bonam partem versus analogia in malam partem
interpretação favorável versus interpretação prejudicial
descriminalização versus criminalização
despenalização versus penalização
segurança jurídica versus (in) segurança pública
p.p.l. "ultima ratio" versus p.p.l. "prima ratio"
"no bis in idem" versus duplo processo-condenação
predomina atenuantes versus predomina agravantes
direito penal de ato versus direito penal de autor
princípio da isonomia versus tratamento diferenciado
princípio da verdade real versus princípio da verdade formal
princípio da oportunidade relativa versus princípio obrigatoriedade plena
inviolabilidade intimidade-privacidade versus quebra sigilo bancário e fiscal
inviolabilidade de comunicação versus interceptações telefônicas
asseguramento do direito adquirido versus expectativa de direito
princípio da liberdade de pensamento versus censura - restrições
juízo natural (Promotor Natural) versus Tribunal/juízo de exceção
princípio da indelegabilidade versus princípio da delegabilidade
tipo penal fechado-preciso versus tipo penal aberto-incerto
"no iudex ex officio" e inercia versus parcialidade judicial
excepcionalidade da prisão preventiva versus generalização p. preventiva
individualização da prisão-condena versus generalização prisão
limite do cumprimento da p.p.l. versus prisão perpétua
inviolabilidade do direito à vida versus pena capital
medidas alternativas à prisão versus prisão como regra geral
ampla defesa versus cerceamento da defesa
ônus probandi ministerial versus ônus probandi - invertido
publicidade dos atos judiciais versus segredo de justiça
indelegabilidade de função versus delegação de função
representação popular versus lei penal de outros órgãos

(*) 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