

- JUSTIÇA PENAL DEMOCRÁTICA E OS DIREITOS HUMANOS

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)

Quando se fala de Direitos Humanos e de Direito Penal relacionam-se todas as questões com a administração da justiça criminal; portanto existe uma grande intimidade entre os Direitos Humanos com os ramos das ciências penais e criminológicas, vale dizer: do direito penal, processual penal e do direito penitenciário, propriamente dito.

O direito penal como lei infraconstitucional deve ser sempre estudado e aplicado à luz do princípio da hierarquia vertical de validade e soberania das normas. Neste contexto não podemos olvidar os Direitos Humanos dos processados e/ou dos condenados pela justiça penal, expressas em diversos instrumentos internacionais aderidos pelo governo, dentro de seu processo legislativo próprio (art. 59 e segts. da Constituição Federal), bem como segundo a aceitação tácita universal.

Ressalte-se, a lei penal de natureza material ou substantiva (Código Penal) somente obtém crédito e legitimidade se amparada pelo princípio da representação popular, vez que compete privativamente a União legislar sobre direito penal, conforme estabelece o artigo 22, inc.i, da Carta Magna.

Assim, o princípio da taxatividade está ligado com o princípio da representação popular, e a sua vez ao princípio da indelegabilidade de função, pois não se admite no sistema democrático de Direito Penal os denominados tipos abertos e muito menos os tipos penais em branco.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (inc. iii art. 1º CF), e rege-se pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos, nas suas relações internacionais, “ex vi” do in. ii, art. 4º da Constituição federal, “mutatis mutandis”, também e em especial nas questões internas.

Insisto na expressão: “Estado de Direitos Humanos”, por ser muito mais abrangente do que “Estado de Direito”, seja ele democrático ou social, considerando que a falta de observância das necessidades básicas e reais quanto as garantias fundamentais da cidadania, individuais ou coletivas, acarreta séria violação aos direitos indisponíveis, em outras palavras, configura flagrante atentado aos Direitos Humanos. Um Estado somente é democrático quando as autoridades públicas constituídas (legisladores, polícia, promotores de justiça e juizes) que protagonizam o sistema de administração de justiça devem aplicar o direito penal para resguardar amplamente os princípios gerais de Direitos Humanos dos processados e do condenados.

Os princípios intra e extra-sistemáticos segundo o prof. Alessandro Baratta, servem como basilares para a administração da justiça e são requisitos mínimos de respeito aos Direitos Humanos ante a lei penal.

Com a correta aplicação da “Teoria Geral do Ordenamento Jurídico” o Direito Penal como ramo das

ciências jurídicas esta dentro do contexto do princípio da “ultima ratio” e/ou a sanção privativa de liberdade, como alternativa de último recurso para a solução dos conflitos sociais.

A descriminalização ou a despenalização de direito é necessária para a reforma global de todo o ordenamento jurídico, não somente a respeito da legislação penal, pois a conduta hoje considerada crime com previsão de sanção penal, no futuro poderia passar a ser ilícito civil com a cominação da pena correspondente, ex. administrativa, comercial, trabalhista ou tributária.

Ao Estado incumbe assegurar a devida proteção dos direitos indisponíveis, ou seja, dos Direitos Humanos da sociedade “extra” ou “intra-murus”, através da garantia - do “ius libertatis” - do direito de ir e vir.

Expressa a “lex fundamentalis”. Todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e não excluem outras decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, via direito público interno e internacional (parágrafo 1º e 2º do art. 5º CF). A lei - ordinária - punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais (inc. XLI art. 5º CF) ; todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza (art. 5º “caput” CF), entre cidadãos presos ou em liberdade provisória, de acordo com o direito positivo .

Qualquer atentado aos Direitos Humanos configura crime e deve ser punido dentro das regras do “ius perseguendi” o que autoriza e legitima o “ius puniendi” estatal.

Nos regimes democráticos a interpretação da norma criminal somente é admitida quando beneficia o réu, sempre retroagindo a seu favor (inc. xl art. 5º CF), onde a analogia permitida é a “in bonan partem”, nunca a “in malan partem”.

A título de comparação, o Dec. lei nº 3.689/41, estabelece que em todo território brasileiro ressalva-se no processo penal os Tratados e as Convenções de direito público internacional (art. 1, inc. I). Já decidiu o Pretório Excelso, na hipótese de conflito entre lei (ordinária, leia-se Direito Penal) e Tratado prevalece o Tratado (documentos internacionais de Direitos Humanos (STF, HC 58.272, DJU 3.4.81, p. 2854; HC 58.731, DJU 3.4.81 p. 2854).

Na ótica desta interpretação, pode-se, perfeitamente incluir o Direito Penal material, pois a aplicação das penas de prisão simples, detenção ou de reclusão vinculam-se com o próprio código processual penal na medida do que estabelecem as regras de execução, nas hipóteses do livramento condicional, do limite para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dentre outras situações.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ONU -1969) expressa nos artigos 26 e 27, que: “Todo Tratado obriga as Partes e deve ser executado por elas de boa-fé (“pacta sunt servanda”); e “uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado”; inclua-se, dentro de um conceito “lato sensu”, também outros instrumentos legais de Direitos Humanos, como: Pactos, Convenções, Declarações, etc.

Ademais, a Convenção Americana (OEA) sobre Direitos Humanos, ou o chamado Pacto de San José da Costa Rica (1969), aderido pelo governo brasileiro, em 1992, determina que nenhum dispositivo da presente Convenção poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, excluir ou limitar exercício de direitos e da liberdade.

Também o Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (das Nações Unidas), no princípio 3º reza que: “Não se restringirá ou menosprezará nenhum dos direitos humanos das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de que o presente Conjunto de Princípios não reconhece

esses direitos ou os reconhece em menor grau”.

A própria “lex fundamentalis” no parágrafo 2º do artigo 5º dos direitos e garantias fundamentais, dispõe que; “ os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O instrumento das Nações Unidas "Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (Resolução nº 45/111, de 14.12.1990) adotado e proclamado pela Assembléia Geral, expressa que todos os princípios serão aplicados de forma imparcial (Princípio nº 11), isto é, sem discriminação de qualquer natureza. Trata-se de imposição taxativa e não normativa subjetiva, do verbo deverá, que deixa a critério das autoridades encarregadas de custodiar e assistir os presos ou de cumprir e aplicar a lei penitenciária, ao livre arbítrio ou à discricionariedade ilimitada.

A Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, através de sua Declaração e Programação, de 25 de junho de 1993, saúda o progresso alcançado na codificação dos instrumentos de direitos humanos, constitui um processo dinâmico e evolutivo e apela para a ratificação universal dos tratados de Direitos Humanos. Pede-se encarecidamente a todos os Estados que manifestem adesão a esses instrumentos internacionais; exorta-se a todos os Estados que, dentro do possível, se abstenham de formular reservas (doc. original).

Além dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos é muito importante que se leve em conta a legislação positiva das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, a respeito de normas de aceitação universal consagradas sob o processo de adesão tácita ou votação expressa dos representantes dos Estados-Membros que compõem as Assembléias-Gerais da ONU e da OEA.

Os Direitos Humanos possuem proteção a nível internacional e regional. A nível internacional, a proteção inicia com a criação do Pacto da Sociedade das Nações no ano de 1920, posteriormente, em 26 de junho de 1945, assina-se a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), que tem por propósito a realização da cooperação internacional para o desenvolvimento e estímulo de respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem nenhuma distinção; em seguida surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos (em 10.12.1948), aceita e proclamada pelos Estados-Membros. Regionalmente, no continente americano a tutela dos Direitos Humanos começa formalmente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Nona (9ª) Conferência Internacional Americana em Bogotá, Colômbia, no ano de 1948, na qual se criou a Organização dos Estados Americanos (OEA), com o fim de propugnar pela ordem, pela paz e pela justiça, onde na sua Carta constam os "Direitos Fundamentais da Pessoa Humana", como um dos princípios que fundamentam a Organização.

Expressa o Direito Penal (art. 7.º Lei 7.209/84): “ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometido no estrangeiro, os crime que por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir”; por exemplo: genocídio, tráfico de drogas, tortura, etc.

O Direito Penal de Autor coaduna-se com um regime autoritário-ditatorial de governo, por outro lado o Direito Penal de Ato vincula-se ao Estado Democrático e aos Direitos Humanos; o primeiro se refere às questões da pessoa, propriamente dita, condição financeira, "status social", influências políticas, etc., já o segundo, possui estreita e exclusiva relação com o ato ilícito, em si.

Não se pode, em nenhum caso levar em consideração a nacionalidade do agente, vez que não se julga a nacionalidade (Direito Penal de Autor) mas o fato (Direito Penal de Ato), do contrário o magistrado estará ferindo violentamente diversos documentos internacionais de proteção às pessoas estrangeiras, no momento em que efetiva discriminação de raça, nacionalidade, etc. Dispõe

o artigo 5.º “caput” da Carta Magna, brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei e estão sujeitos ao mesmo tratamento ante os Tribunais, daí porque se pune qualquer espécie de discriminação e de preconceito (Lei n.º 9.459/97), em observância a Declaração e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Proclamada e Adotada pela Assembléa Geral/ONU Res. 1904 [XVIII], de 20.11.63, e 2106 A [XX] de 21.12.65, respectivamente). Ratificação em 27.3.1968.

Se faz mister, ainda, mencionar o princípio do “tempus regit actum”, combinado com “lex posteriori derogat anteriori”, “lex speciali derogat generale”, e “lex mitior” prevalece sobre a “lex gravior”, no tempo e espaço à luz da soberania das normas penais, em base a uma política criminal e penitenciária verdadeiramente democrática e moderna.

Para a análise da culpabilidade (art. 59 do CP) deve o juiz levar em consideração o princípio do ônus da prova, do encargo “probandi”, sendo que somente é legítima a condenação, no Estado de Direito Penal democrático, em base a provas concretas e absolutas da culpabilidade do agente, do contrário prevalece o princípio “in dubio pro reo”, porque na sistemática atual não existe a aceitação da probabilidade, o direito penal democrático não aceita e não trabalha com suposições ou conjeturas, razão pela qual a presunção de dolo é abominável, e ainda impera na nossa legislação.

Ainda quando se comenta sobre a aplicação da pena à luz dos Direitos Humanos, deve-se fazer uma importante ressalva quanto ao instituto da reincidência, pois se choca com o princípio “non bis in idem”, na medida em que cria um plus modificando a sentença condenatória transitada em julgado. Seja a reincidência de direito ou de fato, ambas são incompatível com os princípios reitores de Direitos Humanos.

Nos Estados Democráticos de Direito da República Federativa do Brasil (Constituição de 1988), o instituto da reincidência não deveria existir, em respeito ao princípio “non bis in idem”. A criminologia aplicada deveria ser unicamente a sócio-política, porque a criminologia clínica (positivista, lombrosiana, ferriana e da Doutrina da Defesa Social, para citar algumas) se enquadra ao Direito Penal de Autor.

De outro lado, as denominadas Medidas de Segurança, ferem o princípio da saturação do cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 75 CP), ainda que se tenha tentado conceituá-la como medida curativa, na prática trata-se de verdadeira sanção restritiva do direito de ir e vir, imperando forte influência da Escola Positivista, mais especificamente da Escola da Defesa Social, onde perdura no direito penal atual o chamado exame criminológico (art. 97 e parágrafos do CP e art. 171/174 da Lei n.º 7.210/84).

De outro lado, também, à luz dos princípios gerais de Direitos Humanos poder-se-ia dizer que na prática não se respeitam os Códigos de ética médica-psiquiátrica, na medida em que a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (Proclamada pela Assembléa Geral/ONU Res. 2856 [XXVI], de 20.12.71), e os Princípios para a proteção dos Enfermos Mentais e o melhoramento da atenção à saúde mental (Adotados pela Assembléa Geral/ONU Res. 46/119, de 17.12.91), necessitam de maior integração prática com as normas de Declaração dos Direitos do Retardado Mental (Proclamada pela Assembléa Geral/ONU Res. 2856 [XXVI], de 20.12.71), e de Direito Penal, se levarmos em consideração que a questão da inimputabilidade por doença mental possui estrita relação com a área da saúde e não com as ciências jurídicas.

Somente com o devido respeito a todos os princípios de direito penal material e adjetivo se poderá falar em “devido processo legal”, obviamente estamos mencionando a proibição taxativa da produção de provas ilícitas, verbi gratia, a tortura como forma de fazer confessar o implicado, não produz efeito “probandi” e ademais caracteriza delito inafiançável e insuscetível de clemência

presidencial (inc. xliii do art. 5.º CF).

Para a prevenção da prática de tortura se faz necessário o respeito e a difusão dos Documentos internacionais de Direitos Humanos, entre eles a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada pela Assembléia Geral /ONU Res. 3452 [XXX] de 9.12.1975, a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada pela Assembléia Geral/ONU Res. 39/46, de 10.12.1984 - vigência 26.6.87), ratificação em 28.9.1989, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura OEA (1985), ratificação em 20.7.1989, Decreto de promulgação nº 98386, de 9.11.89, e os Princípios de ética médica aplicável à função do pessoal de saúde, especialmente os médicos, na proteção de pessoas presas e detidas contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (adotado pela Assembléia Geral/ONU Res. 37/194, de 18.12.1982), em especial a aplicação da lei n.º 9.455/97; bem como do Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU/Res. 34/169, 17.12.79) e dos Princípios Básicos sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo por Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU /adotado no 8º Cong. Hawana-Cuba 27.8 à 7.9.90).

Justiça Penal se faz tanto com a condenação como com a absolvição em nome do princípio da imparcialidade.

Indubitavelmente, devemos propugnar pela proclamação do Direito Penal do Perdão, na expressão de Antonio Beristain. Não se trata de impunidade, mas de princípios de justiça penal eficiente e humanitária, onde se dá mais atenção à vítima, prevalecem as circunstâncias atenuantes sobre as agravantes, amplia-se para o magistrado o instituto do perdão judicial, buscam-se novas terminologias jurídico-penal, em câmbio daquelas que produzem efeitos negativos (estigmatizantes) ao réu, e se efetivam medidas substitutivas ou penas alternativas a de prisão.

O juiz pode dispensar a pena ou aplicar abaixo do mínimo legal, sempre que a reprimenda ao “delinquente” tenha alcançado a reparação do dano ou ainda quando o próprio ato cause, também, ao agente um grave dano ou sofrimento, assim ensina o prof. Raúl Zaffaroni, quando comenta sobre o princípio da humanidade, afirmando que é juridicamente perfeito, posto que pode ser supra legal, mas intra-constitucional.

Quando a conduta humana não apresenta maior relevo de reprovação, por si só pode-se excluir a tipicidade formal. “...o dano é tão párvulo que o tipo não se integra, impondo-se o desacolhimento da ação penal” (TACrim-SP - AC 481.889-1 - Rel. Gonçalves Nogueira); por sua vez “...o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatela...” (Mins. Francisco Assis Toledo, in Princípios Básicos de Direito Penal, ed. Saraiva, SP, 1982, pg. 187/188);

Assim, com a necessária mudança da práxis forense-criminal, ante a sua moderna função teremos uma Justiça recreativa, democrática, popular e participativa, em troca da Justiça retributiva.

(*) 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

