

DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA PENAL

Cândido Furtado Maia Neto*

1. Justiça Criminal no Brasil: Problemas e Soluções

No Brasil, temos o mau costume de dizer que as instituições policiais e o Ministério Público não fazem parte da Justiça. O conceito de Justiça, porém, é muito mais amplo do que se pode imaginar e, indubitavelmente, prevalece ao de direito positivo.

Juristas e criminólogos de países de língua espanhola têm definido corretamente a expressão “administração de justiça criminal”. Para eles, é todo o aparato que envolve a política criminal e penitenciária, organismos e forças públicas que atuam na prevenção e repressão da delinquência, os vários meios de controle social formal e informal do Estado, como a polícia ostensiva e judiciária, os promotores de Justiça, os magistrados, os agentes penitenciários, os legisladores e os servidores ou funcionários públicos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário que trabalham na área. São, em outras palavras, os operadores do Direito.

O dito popular: “a polícia prende e a Justiça solta o criminoso”, tem contribuído para desvincular e desagregar ainda mais a polícia da administração da Justiça.

Cada agência judicial possui sua parcela de responsabilidade, e à todas conjuntamente se deve imputar a ineficácia da prevenção e as deficiências da repressão, devido às falhas estruturais, de gerenciamento, de capacitação profissional, ou até mesmo em face da existência de corrupção interna.

Certamente é o “espírito corporativista” dos representantes da administração da Justiça que impede que se admita a triste realidade da justiça penal. Na mais fácil e acomodada das atitudes, culpa-se a burocracia das leis.

A nossa legislação criminal não é a mais aprimorada; porém, é preciso destacar que são os próprios protagonistas do sistema de administração da Justiça que, infelizmente, na sua maioria trabalham sem o uso da razão, causando danos, burocratizando ainda mais o sistema e criando problemas à sociedade em geral.

De outro lado, a falta de especialização na matéria penal e dos Direitos Humanos, de ditos profissionais, e a não participação em cursos de aperfeiçoamento, bem como a desintencionalidade política do setor para auto preparar-se é lastimavelmente apática.

Enquanto a iniciativa privada revoluciona toda sua estrutura, dando valor à qualidade técnica, o Poder Público executa tarefas repetitivas e resiste mudar. Seus membros só pensam em aumentos de salários e em pôr todas as forças na

* Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Especialista em Direitos Humanos. Consultor Internacional das Nações Unidas na Missão MINUGUA (ONU-Guatemala, 1995/96). Representante do Ministério Público do Estado do Paraná, em Foz do Iguaçu. Professor do Curso de Mestrado da UNIPAR.

manutenção do dispositivo constitucional que garante estabilidade no “emprego”, sejam bons ou maus servidores.

No dia a dia de trabalho, seus agentes são incapazes de realizar uma análise sobre a potencialidade da ofensa causada – na hipótese da ocorrência de um delito leve ou grave, com ou sem vítimas diretas – ao titular do bem jurídico protegido. Inconscientemente, ou melhor, por inaptidão cultural ou por alguma espécie de receio de cunho eminentemente administrativo-hierárquico, exercitam seu “saber jurídico” sem levar em consideração a utilidade do movimento da máquina judiciária, determinando e solicitando prisões sem motivos reais, promovendo ajuizamentos criminais ao bel-prazer de demonstrar a titularidade do poder de acusar e de encarcerar seres humanos.

A maior parte destes profissionais atuam contra a lógica e a própria consciência, pelo simples fato de estarem excessivamente impregnados por conceitos e definições positivistas que os bancos universitários – faculdades de Direito – ensinam baixo a um curriculum educacional dos séculos XVIII e IX, altamente reprovável, quando despreza-se a máxima “in dubio pro reo” dando-se crédito ao aforismo “in dubio pro societate”, invertendo-se o sistema de garantias fundamentais individuais assegurado no Estado Democrático de Direito para aplicar preferencialmente ditames políticos-penais inquisitivos de outrora.

O instituto da reincidência criminosa vem sendo apreciado de fato e não de direito, configurando flagrante “bis in idem”; bem como o princípio da excepcionalidade da prisão preventiva/temporária, que passou a ser regra geral para dar resposta rápida à sociedade e apresentar solução à insegurança pública ou cidadã.

O mais lamentável é que os nossos policiais, membros do Parquet e magistrados, apesar de bem intencionados, carecem de recomendações superiores, corajosas, que assumam os custos das necessárias e prementes transformações no âmbito da morosa, lenta e tardia justiça penal.

Recomendações oficiais que coloquem em evidência o conteúdo e a importância de alguns princípios gerais do direito criminal democrático e humanitário aceitos universalmente, entre eles, destacamos: o da hierarquia da validade vertical das normas; o da oportunidade da propositura da ação penal, em que se analisa a justa causa – *lato sensu* –, a utilidade e a economia do “ius persequendi” em base a uma remota possibilidade de punição racional; do ônus da prova, incumbido ao Estado-acusação em respeito a ampla defesa e ao contraditório, na tutela da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença.

Estes mitos ou ficções do direito penal material e adjetivo, as “letras mortas” e a nossa Constituição, “lei de papel”, transformam a nossa democracia em meramente “formal”.

O maior dos absurdos, em especial, quanto ao retrógrado conceito de que o melhor policial, o bom promotor de justiça e o zeloso juiz de direito, é aquele que mais coloca gente na cadeia. Esta praxis, pasmem, é originária das instâncias diretivas superiores da administração de Justiça, que sempre pretendeu aniquilar os profissionais de “boa-fé”, aqueles que tentam minimizar as agressões dirigidas às vítimas da repressão estatal – população pertencente aos setores desprotegidos

economicamente –, quando agem efetivamente em prol da dignidade da pessoa humana e em defesa dos pobres.

Por este equivocado entendimento, podemos concluir que os atuais problemas da Justiça criminal, no Brasil, são de culpa, exclusivamente, de seus próprios representantes. Evidentemente, refiro-me aos juristas burocratas e reacionários, que pouco se importam com o interesse público e com o bem comum da sociedade.

Lei penal alguma, por mais perfeita que seja, poderá ser capaz de mudar a realidade. Somente as condutas inovadoras e personalizadas do policial, do promotor de justiça e dos juízes farão com que a Justiça seja igual para todos independentemente do “status” sócio-financeiro da população.

Buscar a qualidade total dentro do setor jurisdicional do Estado é uma empreitada que exige radical mudança.

O processo de modernização da Justiça não pode se limitar à frequência de cursos. Primordialmente, a meta é servir ao próximo, aos “vulneráveis” do sistema, da melhor forma possível com o objetivo de reduzir os custos – decorrentes do desperdício de propositura de ações penais inócuas –, sem prejuízo à necessidade de incorporar mais profissionais com espírito humanista na área da justiça penal. Em outras palavras, menos arbitrariedade policial-judicial, menos repressão e menos reincidência criminosa, em câmbio de maior respeito à cidadania via controle de abusos.

Cada profissional – juiz, promotor de Justiça, delegados, etc. – possui autonomia funcional, e por isso deve ter responsabilidade individual sobre seu trabalho. A vontade de recuperar a credibilidade da Justiça é a única ferramenta poderosa capaz de reduzir a contaminação do atual processo de descrédito popular.

Precisamos urgentemente de uma revolução interna no pensamento dos membros-ortodoxos, que atuam na administração do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia, especialmente contra o princípio da ignorância e em busca da urgente necessidade de uso do bom senso.

2. Direitos Humanos e Direito Penal

A tarefa a desempenhar se trata de uma missão muito difícil, quando se procura falar de Direitos Humanos e Direito Penal com exclusividade, uma vez que os Direitos Humanos relacionam-se com todas as questões vinculadas com a administração da justiça criminal no seu todo. Portanto, existe uma intimidade muito grande e uma espécie de auxílio mútuo por necessidade de sobrevivência de todos 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, expressos em diversos instrumentos internacionais aderidos pelo governo dentro de seu processo legislativo próprio (art. 59 e ss. da Constituição Federal), bem como segundo a aceitação tácita universal.

Ressalte-se que 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 à União legislar sobre Direito Penal, conforme estabelece o artigo 22, inc. I, da Carta Magna.

Assim, o princípio da taxatividade está ligado ao princípio da representação popular, este, por sua vez, liga-se ao princípio da indelegabilidade de função, pois não se admite nos sistemas democráticos 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 (art. 1º, inc. III, CF), e rege-se pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos nas suas relações internacionais, “ex vi” do art. 4º, inc. II, da Constituição federal, “mutatis mutandis”, também, e em especial, nas questões internas.

Insistimos 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 às garantias fundamentais da cidadania, individuais ou coletivas, acarreta séria violação e/ou a desproteção 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 juízes) que protagonizam o sistema de administração da Justiça aplicam o Direito Penal, resguardam amplamente os princípios gerais de Direitos Humanos do processado e do condenado.

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 à lei penal, entre eles:

A) Princípios intra-sistemáticos:

1º) Princípios de limitação formal – a) princípio da reserva legal; b) princípio da taxatividade; c) princípio da irretroatividade; d) princípio da supremacia da lei penal; e) princípio da representação popular; 2º) Princípios de limitação funcional – a) princípio da resposta não contingente; b) princípio da proporcionalidade abstrata; c) princípio da humanidade; d) princípio da idoneidade da lei penal; e) princípio da subsidiariedade; f) princípio da proporcionalidade concreta; g) princípio da isonomia; h) princípio das autonomias culturais; i) princípio da primazia da vítima; 3º) Princípios de limitação pessoal (ou de limite de responsabilidade) – a) princípio da imputação pessoal ou de personalidade; b) princípio da responsabilidade do ato; c) princípio da exigibilidade social de comportamento alternativo;

B) Princípios extra-sistemáticos:

1º) Princípios de descriminalização – a) princípio da intervenção útil; b) princípio da privatização dos conflitos; c) princípio da politização dos conflitos; d) princípio da conservação das garantias formais; 2º) Princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos sociais – a) conceitos de crime e pena; b) especificação dos problemas e interpretação sociológica da resposta

punitiva; c) princípio geral de prevenção; d) princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais.

Com a correta aplicação da “Teoria Geral do Ordenamento Jurídico”, o Direito Penal, como um dos ramos das ciências jurídicas no seu todo, seria usado dentro do contexto do princípio da “ultima ratio” e/ou a sanção privativa de liberdade, como alternativa de último recurso repressivo para a solução dos conflitos sociais.

A descriminalização ou a despenalização do 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 (art. 5º, §§ 1º e 2º, CF). A lei – ordinária – punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. XLI, 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 das normas criminais somente é admitida quando beneficia o réu, sempre retroagindo a seu favor (art. 5º, inc. XL, CF, onde a analogia permitida é a “in bonam partem”, nunca a “in malam partem”).

A título de comparação, o Dec. Lei n.º 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 (leia-se todos 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 ao próprio Código Processual Penal na medida em 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 que “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 sobre Direitos Humanos (OEA), ou o chamado Pacto de San José da Costa Rica (1969), aderido pelo governo brasileiro, em 1992, determina que “nenhum dispositivo [...] 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 § 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 n.º 45/111, de 14.12.1990), adotado e proclamado pela Assembléia Geral, expressa que todos os princípios serão aplicados de forma imparcial (Princípio n.º 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, que 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 se 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 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. 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 n.º 7.209/84): “ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes que por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir”; por exemplo: genocídio, uso e 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 refere-se 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 discriminações de raça, nacionalidade, etc. Dispõe o artigo 5.º, “caput”, da Carta Magna, que 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 à Declaração e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (proclamada e adotada pela Assembléia 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, 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 conjecturas, 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 choca-se 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 incompatíveis com os princípios reitores de Direitos Humanos.

No Estado Democrático 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 médico-psiquiátrica, na medida em que a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (Proclamada pela Assembléia 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 Assembléia 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 Assembléia 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, v.g., a tortura como forma de fazer confessar o implicado, não produz efeito “probandi” e, ademais, caracteriza delicto inafiançável e insuscetível de clemência presidencial (art. 5º, inc. XLIII, 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 n.º 98.386, 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 detentas 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 eficientes e humanitários, 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-penais, em câmbio daquelas que produzem efeitos negativos (estigmatizantes) ao réu, e se efetivam medidas substitutivas ou penas alternativas à de prisão.

O juiz pode dispensar a pena ou aplicá-la abaixo do mínimo legal, sempre que a reprimenda ao “delinqüente” 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 ser juridicamente perfeito, posto que pode ser supralegal, 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...” (Min. Francisco de Assis Toledo, in Princípios Básicos de Direito Penal, ed. Saraiva, SP, 1982, p. 187-188).

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

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