

## Painel IV:



Fernando Franco

# **Pena de prisão perpétua**

## RESUMO

Propugna que, na análise do conflito entre a previsão de pena perpétua no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a sua vedação pela Constituição brasileira, deve-se levar em consideração o ponto de vista material do Direito, uma vez que este tende a um constante aperfeiçoamento. Argumenta ser a prisão perpétua incompatível com as normas constitucionais brasileiras, pois quaisquer possibilidades legais de modificação da Carta Magna no intuito de nela incluir essa forma de prisão encontram-se constitucionalmente bloqueadas. Examina jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa à extradição, em casos de comutação da pena perpétua ou de pena de morte como condição da mesma. Entende que o Brasil deve aderir ao Estatuto de Roma, mas com restrição à aplicação da pena perpétua.

## PALAVRAS-CHAVE

Tribunal Penal Internacional; Estatuto de Roma; direitos humanos; Direito Penal internacional; Constituição Federal; prisão perpétua; pena perpétua; extradição.

A criação do Tribunal Penal Internacional é de grande importância e especial significado não só para o Direito interno brasileiro, mas também para todo o Direito que tende – é uma velha aspiração – a formar no planeta a uniformidade de entendimentos.

Nesta análise crítica a respeito da pena de prisão perpétua, incluída no Estatuto desse Tribunal, debate-se especificamente a possibilidade de o Brasil ratificar, sem reservas, a criação do Colegiado.

Literalmente, a nossa Constituição – já é uma tradição no Direito brasileiro – veda a pena de caráter perpétuo. Por isso, cabe efetivamente a explicação da inquietação, da interrogação, da pesquisa, do debate, do confronto de idéias para que possamos chegar a uma conclusão.

Não poderemos jamais analisar um instituto do ponto de vista material, não exclusivamente formal, sem analisar o que seja o próprio Direito, o que seja a expressão moderna, atual das normas jurídicas. O Direito, como tudo que acontece, tende a um desenvolvimento, a um progresso, a um aperfeiçoamento e, na hipótese, vinculados a determinados princípios axiológicos, que não podem – penso eu – ser desprotegidos ou esquecidos, sob pena de haver um retrocesso.

A sanção penal, examinado-se a história, como regra, está cada vez mais disciplinada pelos princípios que orientam o Direito Constitucional, o Direito Penal e o Direito Processual Penal no sentido democrático, ou seja, afastando-se, tanto quanto possível, a ascendência de vontade de uma pessoa

em relação a outra e ensejando a oportunidade do pleno exercício do direito de liberdade. Os princípios formalizados na nossa Carta Política não acontecem por acaso, mas traduzem a tendência de se afastar o interesse individual da aplicação da sanção. Em grandes linhas, a história do Direito Penal projeta três grandes orientações, formando três períodos denominados: o da vingança privada, o da vingança pública e o criminológico. Nada se forma ou se transforma de um dia para outro. Hoje ainda existem resquícios dos períodos anteriores. Tantas vezes a vítima reage do modo e da maneira como melhor lhe parecer, dando satisfação ao seu sentimento de vingança.

Não estamos aqui expondo e debatendo sobre o Tribunal Penal Internacional por acaso; a história impulsionou o fato, evidencia mudança se comparado com a situação anterior. Seria evolução, reforço dos direitos humanos? Parece ser um ponto importante. Esse Tribunal tem o seu mérito, mas não podemos, por razões políticas, notadamente de determinados países chamados de primeiro mundo, com poder econômico, político e bélico mais intenso que outros, pura e simplesmente criar um fato novo com uma roupagem velha. Não aparecem por acaso as divergências, as adesões não se dão sem explicação. Uma coisa, entretanto, é visível, embora nem sempre mencionada: é a vitória, ainda que pequena – mais teórica que prática –, dos países mais fracos frente aos mais fortes.

Há alguns anos, tive a honra de integrar a delegação brasileira em Roma, ao congresso sobre bens cul-

turais. No plenário, visivelmente, com veemência, tantas vezes opunham-se os representantes de países de patrimônio histórico inestimável, cuja manutenção – a história e os dias de hoje deixam evidente – tornou-se impossível. A recuperação certamente não se dará. No fundo é "o direito da força" e não "a força do Direito". O poder econômico e político influenciam, decidindo o destino e a caracterização das relações jurídicas.

Nesse Congresso, recorde-me, por exemplo, que os representantes da Grécia e do Egito, veementemente, buscavam estabelecer normas jurídicas notadamente de recuperação dos bens, tantas vezes objeto de furto e recepcionados por países mais fortes. Aqueles que têm esses bens e a possibilidade de mantê-los, estabeleciam restrições e vetos, a fim de ser mantido o *status quo*.

A história, sabe-se que não se completa e não se faz de um momento para o outro; ela é projeção de idéias no tempo, cuja concreção, não raro, aperfeiçoa-se lentamente. De qualquer modo, o Tribunal Penal Internacional é marco.

Não pretendo, por ora, examinar a vigência e a eficácia do Estatuto de Roma, sem dúvida, o seu aspecto mais importante. Registro, no entanto, a resistência de alguns países. O Tribunal é, antes de tudo, tentativa de consolidação e explicação de princípios historicamente possíveis, base para o aperfeiçoamento da ordem jurídica nos aspectos material e processual.

Em relação ao Tribunal Penal Internacional, especificamente voltado

\* Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 1º de outubro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

para a manutenção da paz e da segurança internacionais e preservação de crises humanitárias decorrentes da prática de crimes de guerra, e de crimes contra a humanidade, confirma-se o que antes foi dito: os fenômenos se repetem. O anteprojeto da reforma na Parte Especial do Código Penal, sensível aos problemas atuais, consagra sistematicamente crimes de guerra, genocídio e delitos contra a humanidade. Lá, como cá, oposições se manifestaram. A explicação: nada acontece por acaso.

A ordenação jurídica, quando voltada para a concreção de valores que se orientam para tornar possível a igualdade e reconhecer a proporcionalidade, contraria interesses. Daí as resistências. Nada se faz, insista-se, da noite para o dia. O importante é o primeiro passo; o aperfeiçoamento virá depois. Se não há data certa, com certeza, contudo, um dia projetar-se-á com eficácia. Não é sem explicação que China e Estados Unidos resistem a se tornar parte no Estatuto de Roma.

Esse Estatuto consagra a prisão perpétua, embora, como regra geral, estabeleça que a privação da liberdade será de trinta anos. O art. 77 do Estatuto comina os casos de extrema gravidade do crime, relevando as características penais do condenado. Acrescenta-se: é possível a revisão periódica dessa pena, a partir do cumprimento de vinte e cinco anos de prisão. Indaga-se: essa forma de prisão perpétua é compatível com as normas constitucionais brasileiras, especificamente, art. 5º, inc. XLVII, alínea b? Além disso, cumpre, em caso de extradição, exigir a comutação da prisão perpétua em restritiva de liberdade como condição para extraditar? Enfim, impõe-se modificar a Constituição antes da ratificação do Estatuto?

Luiz Flávio Gomes<sup>1</sup>, ao analisar a possibilidade de modificação da Carta Política para eventual introdução dessas duas espécies de sanção penal, examina a emenda constitucional, a revisão criminal, a lei ordinária e o plebiscito. Quanto à primeira, acha-se bloqueada pelo que está previsto no art. 60, § 4º, inc. IV, da Carta Política, que cuida de uma das chamadas cláusulas pétreas, ou seja, normas supraconstitucionais. Referida norma constitucional proíbe a deliberação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir os "direitos e garantias individuais". Quanto à revisão constitucional,

o art. 3º das Disposições Transitórias acrescenta que aquela é um poder criado pela Constituição e regulado por ela, dessa forma, constituído e não constituinte. Se assim não pode dispor contra suas opções fundamentais, não é um poder de fazer nova Constituição, senão o de guardá-la e defendê-la, propiciando a sua acomodação às novas conjunturas. Com relação à lei ordinária, o projeto nasceria com o vício de inconstitucionalidade. Por fim, o plebiscito que está contemplado no art. 49, inc. XV, também não é idôneo – acrescenta o ilustre Prof. paulista, indiscutivelmente uma das grandes inteligências da atualidade jurídico-penal brasileira –, porque a prisão perpétua não pode ser reconhecida sequer pela emenda à Constituição. Daí, enfaticamente, concluir que todas as vias aventadas acham-se bloqueadas.

É juridicamente impossível introduzir no Brasil, seja a pena de morte fora de guerra, seja a prisão perpétua. Além do aspecto formal, tão bem analisado, o tema reclama investigação também no aspecto material. A pena de prisão perpétua, originariamente, traduzia a idéia do cerceamento ao livre exercício do direito de liberdade até a morte do condenado. Exemplo que pode ilustrar o que foi dito, é o período da vingança privada, sob certas formas, recepcionado no período da vingança pública. Aquela arbitrária, imensurada; a segunda, previamente disciplinada.

A Itália, por exemplo, consagra a prisão perpétua no art. 27 do seu Estatuto Penal, sob o nome *juris ergástolo*. A Corte Constitucional daquele país foi chamada a decidir quanto à constitucionalidade da espécie, repellido o vício ao fundamento de o condenado, após certo período de cumprimento da sanção e em condições pessoais recomendáveis, poder obter o livramento condicional. Jornais daquele país já noticiaram que o autor do atentado contra o Papa, há vinte anos, já satisfaz o requisito objetivo. Nessa linha, dar-se-á o perpétuo, torna-se *sub conditione* temporário. Enfim, o condenado teria eventualmente o direito, não obstante a pena aplicada, de retornar ao convívio social. Essa ilustração serve como importante paradigma. Com a ressalva da legislação italiana, a conclusão seria a mesma para o Direito brasileiro? Em outras palavras: basta uma lei ordinária, tal como o Estatuto do Tribunal Internacional, dispor que, após tantos

(...) ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o Direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, a meu aviso, afrontando a nossa Constituição.

anos, o condenado retornará ao convívio social?

Mais uma vez, o instituto jurídico não pode ser analisado apenas gramaticalmente. Urge sentir que é importante – na evolução das idéias e instituições jurídico-penais – raciocinar do ponto de vista material. Parece-nos que hoje o grande problema, no que se refere ao Direito Constitucional e, por reflexo, aos princípios constitucionais de preservação do significado dessa área dogmática, é o legislador e, mais importante, o intérprete, especificamente a magistratura, abandonar o sentido meramente formal da escola da exegese. Temos de buscar o sentido material, posicionar a lei em função do Direito, ou seja, um conjunto de referenciais axiológicos que orientam as relações em sociedade.

É importante, na evolução das instituições penais, raciocinar do ponto de vista material. Cumpre fazer a crítica da norma penal. O critério formal precisa ceder espaço ao sentido material da norma. Pela evolução histórica, deve-se determinar, no contex-

to axiológico do Direito, a extensão, o conteúdo e a teleologia. Fora desse parâmetro, continuar-se-á restrito à mera forma.

A lei penal tem finalidade. Hoje predomina o sentido retributivo utilitarista. É esse o binômio que o Estado democrático de Direito, as Declarações dos Direitos Humanos estão consagrando, e não poderemos dar marcha a ré. A sanção, sem dúvida, é resposta. Todavia, dela busca-se a vantagem dos interesses público e individual – a utilidade nesses dois aspectos. A pena deixou de ser fim em si mesma para tornar-se meio. E mais, o condenado tem o direito público subjetivo de conhecer, no momento da condenação, o seu novo *status* jurídico.

A condenação "transitada em julgado" é título executório e, na execução, não poderá ser modificada. Esse título, sob pena de perder a legitimidade, que não se confunde só com a legalidade, precisa projetar, no caso concreto, aquela congêrie de referências básicas fundamentais. Uma delas é a definição de como vai ser a execução, sem estabelecer uma condição – se após vinte ou vinte e cinco anos –, e se as condições pessoais consentirem, poderá, a critério do juízo, ser dada uma alteração na natureza jurídica daquele título executório.

Hoje, fundamentalmente, a grande preocupação dos direitos humanos é definir o título executório e não submetê-lo a condições que possam alterar aqueles referenciais básicos. O condenável não tem, constitucionalmente, o direito público subjetivo à limitação do tempo de sua condenação. Basta o legislador originário revogar a respectiva lei e a sanção se torna ilimitada no tempo. Veja o grande perigo que é a legislação italiana. Hoje vive-se naquele país a eficácia de um Estado democrático de Direito. Mas, em se retornando há alguns anos, revoga-se a lei que autoriza, após algum tempo, a modificação do *status* de caráter perpétuo para, então, ser meramente condicionada à liberdade condicional; estará enfraquecido o título executório. Enquanto na Itália predomina, como hoje, as lições democráticas, manter-se-á o *status quo*. Se, no entanto, a história se repetir, a carta política retoma o sentido literal que o instituto encerra.

Nos países de Direito escrito, como o nosso, a Constituição, como

lei básica, precisa definir os institutos em termos de norma penal de modo expresso. E mais, seria contraditório lei ordinária definir a extensão da norma constitucional. Quando a Carta Política do Brasil estatui que não haverá pena perpétua, vale por si mesma, não fica na dependência da legislação ordinária.

Transportando essas considerações para a crítica do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ao estabelecer que a prisão perpétua pode ser revista periódica e condicionalmente a partir de 25 anos de cumprimento, diviso perplexidade, temor e risco para a garantia política. Ver-se-á, de um lado, a vedação completa da prisão perpétua. Todavia, por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o Direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, a meu aviso, afrontando a nossa Constituição. Estará, no caminhar da história da humanidade, contribuindo para uma marcha a ré, quando todo o nosso compromisso de um Estado democrático de Direito é aperfeiçoar as instituições políticas e não contemporizar, tolerar, por razões meramente políticas, que isso aconteça.

Ainda que se tome o Estatuto como decisão da Corte Constitucional italiana, sem dúvida, é a via transversa que enfraquece o Direito, até mais, parece-nos importantíssimo o que a criminologia, as normas de política criminal, não só com o trânsito no Brasil, mas de caráter internacional, vêm conferindo à sanção penal. Ela deixou de ser pura e simplesmente uma resposta ou a vedação ao exercício de direito de liberdade com esta ou com aquela condição. Não se examina mais. Não é suficiente dizer que a pena cominada ao crime de homicídio simples é reclusão de seis a vinte anos.

Num momento da individualização da pena, a teor do art. 59, este tantas vezes esquecido no momento da sentença, deixa-se de considerar – caso contrário, a decisão será meramente formal e não teleológica – o sentido existencial do tempo da pena. A pena tem um tempo existencial. Após vinte e cinco anos de cumpri-

mento efetivo da pena de prisão, o Estatuto do Tribunal faculta realizar exames sem tempo máximo fixado – nunca vi uma norma penal tão branda – por eventual modificação do Estatuto jurídico. O fato não é fenômeno simplesmente cronológico, urge analisar o tempo material da pena na existência do condenado. Imagine-se a pena aplicada a uma pessoa por vinte e cinco anos, nos termos estatutários, que poderá recuperar a liberdade aos cinquenta anos de idade. Começar a vida nessa faixa etária, com estigma de ex-presidiário, sabe-se, é praticamente impossível. Esse é um dado. Se confrontarmos a decisão com aquele parâmetro de valores, especificamente da teleologia da sanção penal, há de ser considerado. O juiz não pode ser mero aplicador da lei, mas é um crítico da lei e, dentro do contexto jurídico, deve estabelecer aquela decisão que o Direito, e não só a lei, recomenda.

A ratificação pressupõe que os atos abonados estejam de acordo com a Constituição brasileira. Vedar a prisão perpétua é, antes de tudo, garantir ao condenado que a pena seja, sem condições outras, limitada no tempo. Confere direito público subjetivo ao condenado. Com isso, veda-se que legislação ordinária disponha diferentemente, nem consente ao legislador, se reputar conveniente, limitar a extensão no tempo. A solução italiana explica-se historicamente, mas não tem, entretanto, garantia constitucional. A comutação da pena perpétua ou de prisão de morte, como condição da extradição, torna-se obrigatória, em face da Constituição da República.

Não vou examinar a devida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, competente para processar e decidir sobre extradição. Há casos que passaram a ser *leading cases*, como, por exemplo, o de Russell Wayne, na Extradução n. 426; e o caso Stengel, em que foram adotadas duas orientações diversas. No caso Stengel, o Brasil estabeleceu a condição de não ser possível a aplicação de pena que não estivesse no Estatuto Político brasileiro e, mais – o que recebeu algumas censuras –, também de ser observada a eventual incidência da prescrição, que não era contemplada na legislação do Estado requerente, mas que o Tribunal Supremo da nossa organização judiciária assim decidiu.

No caso Russell Wayne, a situação, por maioria, foi diferente. O ilustre Relator afirmou que não se há de indagar a legalidade da decisão, se houve contraditório, se o procedimento para os crimes dolosos contra a vida seguiu, como exige o Direito brasileiro, o Tribunal Popular. Enfim, deveria acatar-se pura e simplesmente aquela solicitação e, formalmente, sem vícios, ser deferido. Indago: será que quando o Brasil solicitar a extradição de alguém que esteja num país de Primeiro Mundo, esta irá se limitar ao aspecto meramente formal? Não se irá indagar sobre o significado político da decisão; se houve efetivamente a garantia do devido processo legal? Aquela orientação é significativa a toda jurisprudência que traz o aval do prestígio do Supremo Tribunal Federal; merece consideração até para se discordar; importante se faz a trazida de elementos e dados de expressão. A orientação do Supremo Tribunal Federal não se vincula, não obstante esse precedente, ao aspecto meramente formal.

Todos sabem, os jornais brasileiros divulgaram, à época, com grande expansão, uma extradição requerida pela China. O eminente Ministro Celso de Melo – um nome de jurista que declino sempre com o maior respeito, pela admiração que tenho por S. Ex<sup>a</sup>., do ponto de vista intelectual – negou a possibilidade de o Brasil deferir a extradição, em face do notório Estatuto jurídico daquele país, que não respeita os direitos humanos. Entregasse, mas depois não será obedecida a extensão normativa de um país que o fez com condições expressas ou mesmo implícitas.

Aquele precedente Russell Wayne não traduz completamente a orientação da Suprema Corte brasileira. O indeferimento da extradição, na manifestação solene, veemente, e a mim me parece juridicamente, do ponto de vista material, irretocável, no voto do Ministro Celso de Melo, é um alerta, uma tomada de posição de como deve ser o Direito brasileiro.

Considero a criação do Tribunal Penal Internacional um avanço. É a concretização de ideais. Entretanto, essa concretização precisa estar isenta de outros vícios históricos do Direito Penal, e um deles – para garantir-se até outro princípio que está na nossa Constituição – é o da individualização da pena. Por isso, en-

tendo que o Brasil, em ratificando, em dando a sua adesão, deverá fazê-lo com restrição à aplicação da pena de caráter perpétuo.

#### NOTA

- 1 GOMES, 1993. p. 315-322.

#### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- GOMES, Luiz Flávio. Pena de morte e prisão perpétua. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 696, p. 315-322, out. 1993.

#### ABSTRACT

It defends that, in the conflict's analysis between the life punishment prevision in the International Criminal Court Statute and its bar by the Brazilian Constitution, it must consider the material Law's point of view, taking into account that it has been inclined to a constant improvement. It states that life imprisonment is incompatible with Brazilian constitutional rules, for any legal possibilities of Brazilian Constitution change with the intention of including in it this kind of prison which are constitutionally blocked.

It examines the Brazilian Supreme Court jurisprudence in relation to extradition, in cases of commutation of life punishment to capital punishment as a condition to the extradition. It agrees with the fact that Brazil must adhere to the Rome Statute, but it has restriction concerning to the life punishment application.

KEYWORDS - International Criminal Court; Rome Statute; Human Rights; International Criminal Law; Brazilian Constitution; capital punishment; life punishment; extradition.

Luiz Vicente Cernicchiaro é Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.