

Indicação nº 126/95

PARECER

*Aprovado por
Luanami Mendes
Senai 20/03/95
A*

Honrou-nos o ilustre presidente desta casa ao nos designar para relatar a indicação nº 126/95, que versa sobre os projetos de emenda nºs. 171/93 e 37/95, de autoria, respectivamente, do deputado Benedito Domingos, e do deputado Telmo Kirst e outros, alterando o artigo 228 da Constituição Federal no sentido de reduzir o limite mínimo da imputabilidade penal para dezesseis anos.

O deputado Benedito Domingos justificou o projeto com a alegação de possuírem os maiores de 16 anos, atualmente, e por força dos meios de comunicação, “um suficiente desenvolvimento psíquico e a plena possibilidade de entendimento”, configurando-se a pena de prisão como uma forma de ajuda, à medida que obsta “a sua carreira de crimes que ameaça iniciar ou continuar”.

O deputado Telmo Kirst e outros fundamentam a sua proposta enquanto decorrência necessária da capacidade para votar atribuída pela Constituição aos maiores de dezesseis anos e da tramitação na Câmara dos Deputados de proposta reduzindo também para dezesseis anos a idade mínima para postular licença para dirigir veículos.

As propostas receberam parecer favorável, quanto à sua constitucionalidade, do deputado José Luiz Clerot, que funcionou

como relator em sua apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, prevalecendo neste órgão tal entendimento.

Passamos a expor nosso entendimento sobre os temas suscitados.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, § 4º, IV, inseriu dentre os seus dispositivos cuja alteração vedou aqueles referentes aos direitos e garantias individuais. A menção então efetuada é genérica. Obsta-se a deliberação sobre proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Todos, e não apenas os arrolados no artigo 5º.

Tampouco se depreende do texto constitucional a restrição normativa dos conceitos de direito e garantia individual, atribuindo-se-lhe tal natureza somente aos previstos no artigo 5º. Ao contrário, no § 4º deste preceito, faz-se, expressamente, a inclusão nesta categoria dos direitos e garantias implícitos. Delimita-se, assim, a amplitude do conceito, situando o limite de sua abrangência em ponto além do esparsamente manifestado pela Carta Magna.

Entendimento semelhante formularam os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 939-7, relatada pelo ministro Sidney Sanches, cujo objeto foi a emenda constitucional e a lei complementar que instituíram o imposto provisório sobre movimentação financeira, para ser cobrado no mesmo exercício financeiro, não se aplicando as imunidades tributárias previstas no artigo 150, VI. Declarou-se a inconstitucionalidade, por maioria, dos dispositivos que previam tais exceções, havendo divergência apenas no tocante a seu alcance. A decisão fundou-se nas garantias contidas no artigo 60, § 4º, I e IV, tendo sido considerado por todos os ministros, e expresso por quase todos, não se limitarem os direitos e garantias individuais protegidos aos elencados no artigo 5º. Lembremos, neste sentido, do voto do ministro Marco Aurélio de Mello :

“Senhor Presidente, em primeiro lugar, registro minha convicção firme e categórica de que não temos como garantias constitucionais apenas o rol do art. 5º da lei básica de 88. Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e o objetivo maior da Constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas - as do Estado e as de cada cidadão *per se*.

“A demonstração inequívoca da procedência deste entendimento está no §2º do art.5º.....

“Veja V. Exa. que o diploma maior admite os direitos implícitos, os direitos que decorrem dos preceitos nela contidos e que, portanto, não estão expressos.”

A hermenêutica jurídico constitucional requer aqui o emprego de tão somente o seu primeiro instrumento, a captação do conteúdo semântico do texto. Ponto de partida e limite de qualquer tarefa de interpretação, o texto constitucional, nas partes que ora se apreciam, oferta generosamente ao intérprete o seu significado, não havendo como recusá-lo, senão por grosseira e mal-disfarçada violação.

Absolutamente inconstitucional, portanto, a proposta de emenda que altera o artigo 228 da Carta Magna, configurador de garantia fundamental do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, expressamente inserido dentre as cláusulas pétreas. Ainda para os que entendem haver outro limite à proteção representada pelo artigo 60, §4º, IV, não manifestado pelo constituinte e não consistente no artigo 5º da lei maior, é imperativa a conclusão de inserir-se nele a garantia constante do artigo 228, eis que definidora do âmbito de incidência do sistema penal, sendo, pois, elemento estruturante básico do ordenamento jurídico.

Em dias que a alteração da Carta Magna tornou-se instrumento rotineiro de governo, que teima, com isto, em insurgir-se ao seu império, convém lembrarmos a sua dignidade de princípio fundador do Estado, emanado do legítimo detentor da soberania por meio da intervenção do poder constituinte originário. O poder vinculante da Constituição é mandamento do postulado democrático. Não há como relativizá-lo sem comprometer a democracia.

Tratando-se de norma reguladora do processo de reforma, a sua estrita observância impõe-se ainda como corolário da superioridade do poder constituinte originário sobre o derivado, instrumento de garantia da Constituição por ela própria adotado. Neste sentido, nos diz J. J. Canotilho, em seu Direito constitucional :

“Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como *normas superconstitucionais*. Elas atestam a superioridade do legislador constituinte, e a sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria garantia da Constituição. A violação das normas constitucionais deixará de ser um ato constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional.”

Negando a ordem constitucional, o poder de revisão renuncia a seu fundamento, ou, como nos ensina Zagrebky, citado por Canotilho,

“o poder de revisão da constituição baseia-se na própria constituição, se ele a negasse como tal, para substituí-la por uma outra, transformar-se-ia em *inimigo da Constituição*, não poderia invocá-la como princípio de validade.”

A proposta de emenda que ora se aprecia não apenas viola a Constituição Federal. Contraria a concepção, hoje unânime, dos jurispensalistas de que o sistema penal há de ser reduzido, como fim em si ou como meio de alcançar a sua abolição. Ninguém mais duvida da incapacidade do sistema de cumprir as funções que tradicionalmente lhe foram atribuídas pelas teorias da pena. O discurso que, durante séculos, procurou justificar a prisão conferindo-lhe finalidade ressocializadora ou preventiva hoje não mais ressoa dentre os que seriamente se preocupam com a questão. Em seu lugar, ouvem-se os protestos contra a irracionalidade e a desumanidade intrínsecas do sistema, a exigir a sua imediata redução.

As idéias de ressocialização e de prevenção geral evidenciam o seu inteiro desajuste à realidade. As razões que levam um indivíduo a praticar um ato considerado delituoso, por certo, são mais fortes na determinação de sua conduta do que a ameaça de uma sanção penal. Em face de uma necessidade premente e de uma ameaça genérica e abstrata o indivíduo sempre opta por satisfazer a primeira, julgando-se inatingível pelo Estado ou admitindo correr o risco. A ressocialização, por seu turno, revela contradição que por si só a inviabiliza, a pretensão de trazer o indivíduo à convivência social harmônica por meio de sua segregação, de seu aprisionamento. Como observa Zaffaroni, "... pretender ensinarle a un hombre a vivir en sociedad mediante el encierro es, como dice Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar futbol dentro de un ascensor."¹ Somente seria eficaz o sistema penal, enquanto obstáculo ao cometimento de crimes, se por via da prevenção especial consistente na eliminação dos seus autores, o que repugna a nossa consciência jurídica.

A realidade da prisão difere tanto desses esquemas preconcebidos que não é mais possível sustentá-los senão por um ato de imenso e desavergonhado cinismo. A pena de prisão deforma, perverte, avilta. Ataca o indivíduo em sua integridade física e moral. A perda da liberdade, somada à rotina dos presídios, tem efeito devastador. O apenado adapta-se à sujeição total, não dispondo de parcela alguma de suas atividades. Ditam-lhe o que fazer, o que comer, o que vestir, o horário de seus atos, as suas companhias. A prisão "leva à submissão total ou, ao contrário, a um estado de revolta que se traduz por uma agressividade crescente e pelo recurso à violência, de que as sublevações penitenciárias são a expressão."²

À monstruosidade própria da prisão soma-se a decorrente das condições verificadas em nosso país e em toda a América Latina. A superpopulação, a ausência de condições mínimas de higiene, a deficiência alimentar, a ociosidade, a promiscuidade, a convivência entre os delinquentes de diversas categorias, estes e outros inúmeros fatores agravam o quadro trágico e desumano dos presídios.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "El Sistema Penal en los Países de América Latina" in O Sistema Penal para o terceiro milênio - Atos do Colóquio Marc Ancel, Revan, 1991.

² ANCEL, Marc. La Défense Sociale, p. 75-76.

Segrega-se o homem, afastando-o bruscamente da convivência com seus amigos e parentes e do exercício de seu trabalho. Submete-se-o a todos os males da prisão. Depois, devolve-se-o à sociedade, bruscamente. O homem vê-se desempregado, sem condições de obter qualquer emprego, em razão do estigma que lhe cai, tentando refazer sua convivência familiar e fraterna. Ao sair, não encontra alternativa. Os seus poucos caminhos a prisão os cerrou.

Não obstante a evidência da monstruosidade e da ineficácia do sistema penal, este é apresentado pelos meios de comunicação e pela maior parte dos políticos como a fórmula mágica apta a obstar a prática de delitos, constituindo a resposta necessária e adequada ao sentimento exagerado de insegurança por esses agentes fomentado. Inúmeras leis têm sido editadas, criando figuras típicas, aumentando penas, agravando as condições de seu cumprimento, suprimindo direitos individuais. Neste conjunto insere-se a proposta de emenda apreciada. Ao invés de aprofundar-se nas causas dos conflitos que envolvem as condutas delituosas, buscando interferir em sua verdadeira origem, põem-se os nossos legisladores a empregar este remédio que todos sabemos ineficaz.

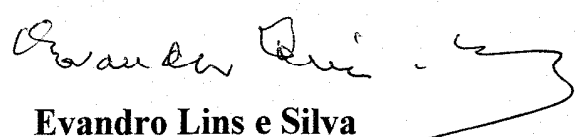
A prisão obedece à racionalidade diversa da que ordinariamente lhe é atribuída. Uma de suas razões é justamente a de impedir a efetiva superação dos conflitos, substituindo-se ao questionamento de suas causas. O sistema penal interessa aos que ganham com a conservação da atual ordem, por si mais violenta do que qualquer delito, e aos que exploram os conflitos, conferindo-lhe dimensão fantástica, auferindo, com isso, vendagem, audiência e votos. Tais interesses não sofrem qualquer limitação de natureza ética ou humanitária. Nem mesmo constitucional. Agora voltam-se contra os adolescentes maiores de dezesseis anos. E nós assistimos a tudo isso petrificados.

Por que agravar a situação dos adolescentes, oferecendo-lhes cadeia em vez de educação? Ao menor de dezoito anos, sabiamente, a Constituição considerou inimputáveis, atendendo a todo o movimento científico de nossa época, registrado nos recentes congressos da ONU, em 1990 (Havana) e da Associação Internacional de Direito Penal (Viena, 1989, e Rio de Janeiro, 1994). A prisão é, na opinião dominante dos especialistas do mundo inteiro,

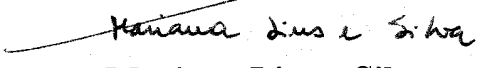
uma jaula reprodutora de delinqüentes. Antecipar para dezesseis anos a imputabilidade penal é abreviar a corrupção, o aviltamento e a degradação do menor, fazendo-o ingressar mais cedo nas escolas de crimes, que são as nossas penitenciárias. A mudança proposta é inconstitucional e anti-científica. Os menores precisam de assistência e de prevenção, de trabalho, de educação, em regime especial. Precisam de amor e compreensão, para se corrigir de algum erro ou ato anti-social porventura cometido. As exceções de casos de precocidade não justificaria, de forma alguma, que se generalize a todos os adolescentes maiores de 16 anos a imputabilidade criminal. Os menores carecem de amparo. É preciso ajudá-los, dar-lhes as mãos, e não empurrá-los para o fundo das cadeias, de onde jamais sairão melhores do que quando entraram.

O parecer é, pois, contrário às emendas apresentadas.

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1995.



Evandro Lins e Silva



Mariana Lins e Silva
Estagiária