

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS DISPOSIÇÕES CRIMINAIS DA CARTA DE DIREITOS CANADENSE

Hugo Barbosa Torquato Ferreira¹

Sumário: 1.Introdução. 2. Comentários sobre as disposições criminais da carta de direitos canadense. 3. Breve comparação com o *Bill of rights* dos Estados Unidos da América. 4. Referências bibliográficas.

Resumo: este trabalho apresenta uma análise de alguns elementos da carta de direitos canadense pertinentes ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

Abstract: this paper presents an analysis of some elements of the Canadian charter of rights pertaining to the Criminal Law and Criminal Procedural Law.

Palavras chave: Carta de direitos. Canadá. Direito Penal. Direito Processual Penal.

Keywords: Charter of rights and freedoms. Canada. Criminal Law. Criminal procedural Law.

Palabras clave: Carta de los derechos y libertades. Canadá. Derecho Penal. Derecho penal procesal..

Mots-clés: Charte des droits et libertés. Canada. Le droit pénal. Droit de procédure pénale.

¹Juiz de Direito no Estado do Acre. Foi Advogado e Agente de Polícia Federal. Autor dos livros “Questões cíveis enfrentadas pelo STF e pelo STJ em 2007” (ISBN: 978-85-7716-414-1) e “Questões Criminais enfrentadas pelo STF e pelo STJ em 2007” (ISBN: 978-85-7716-415-8). hugotorquato@hotmail.com.

Stichworten: Charta der Rechte und Freiheiten. Kanada. Strafrecht. Strafprozessrecht.

1. INTRODUÇÃO



estrutura do sistema jurídico canadense é estabelecida por sua Constituição, que, conforme previsão da Lei Constitucional de 1982, é a Lei Suprema do Canadá.

A Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of rights and freedoms*) passou a fazer parte da lei suprema do Canadá em 1982, inserida na Parte I da Lei Constitucional de 1982, tendo o Direito Penal e o Direito Processual Penal como seus destinatários mais importantes. Anteriormente à Carta, o legislador era autônomo para tratar de direito penal e de procedimentos criminais, sendo costumeira a ação desregrada da polícia e sua aceitação pelos juízes. O presente trabalho visa a analisar algumas disposições da carta, mais relevantes para o Direito Penal.

2. COMENTÁRIOS SOBRE AS DISPOSIÇÕES CRIMINAIS DA CARTA DE DIREITOS CANADENSE

A Carta possui 34 (trinta e quatro) seções, que abordam as liberdades fundamentais (seção 2), os direitos democráticos (seções 3-5), os direitos de mobilidade (seção 6), os direitos legais (seções 7-14), a igualdade de direitos (seção 15), os idiomas oficiais do Canadá (seções 16-22), os direitos educacionais lingüísticos das minorias (seção 23), execução (seção 24), geral (seções 25-31), aplicação da carta (seções 32-33) e citação (seção 34).

Os maiores reflexos no Direito Criminal encontram-se nos chamados *legal rights*, expostos nas seções 7-14.

A seção sete determina que “toda pessoa tem o direito à vida, à liberdade e à segurança, bem como o direito de não ser delas privada, salvo em conformidade com os princípios fundamentais da Justiça”.

A seção oito da Carta de Direitos protege o jurisdicionado contra a realização desarrazoada de busca e apreensão. Para ser considerada razoável, a busca deve ser legal, a lei que a ampara deve ser razoável e a diligência deve ser conduzida de modo razoável. O principal bem jurídico tutelado pela seção oito é a privacidade e não o patrimônio, devendo ser utilizado o vetor da expectativa de privacidade. Exemplificando este direito, a utilização de uma filmadora ocultada pela polícia ou a retirada de um fio de cabelo para obtenção de DNA podem ser consideradas irrazoáveis, a depender do caso concreto. Sob essa ótica, seria razoável a polícia ocultar uma câmera em um local público, onde não haja expectativa de privacidade, mas não seria aceitável fazer o mesmo em um banheiro. Quanto ao DNA, em regra, é necessária a obtenção de autorização judicial para sua coleta, mas, se a própria pessoa descarta o material genético, dispensando, por exemplo, um chiclete em uma lata de lixo em local público, não há expectativa razoável de privacidade, sendo dispensável a intervenção judicial.

Ainda no que concerne à fase investigatória, a carta também protege o jurisdicionado contra aprisionamento e detenção arbitrários (seção nove), confere direito a assistência de advogado e à clara informação sobre este direito (seção 10) e prevê a exclusão de prova obtida de maneira que viole os direitos garantidos pela carta, sendo que, neste último caso, o juiz deverá ponderar a seriedade da violação, os efeitos sobre a carta e as consequências sobre o sistema judiciário.

A seção dez garante, ainda, o direito ao relaxamento da prisão ilegal, por meio de *habeas corpus*.

No que tange ao julgamento, a seção onze inclui o direito a julgamento em prazo rápido. Vale trazer à baila o caso *Askov*,

a partir do qual foi firmado o entendimento de que o sistema deveria conseguir julgar o acusado no prazo de um ano.

Na mesma seção são tutelados a presunção de inocência, o direito à fiança razoável e o direito de ser julgado por um juízo independente e imparcial. Sobre este último, é importante salientar que o sistema de fixação dos salários de juízes no Canadá é complexo, não dependendo exclusivamente do governo. Os magistrados canadenses recebem salários médios brutos equivalentes a trinta e cinco mil reais mensais (pouco menos de 69 salários mínimos brasileiros em 2010), com descontos de cerca de trinta por cento em tributos. Possuem sessenta dias de férias e gozam de outros trinta dias que podem ser dedicados a estudos, atualizações ou redação de sentenças que eventualmente tenham se acumulado. Além destes valores, os juízes de nomeação federal recebem cerca de nove mil reais anuais para aquisição de bens necessários ao exercício de sua função. A Constituição prevê um sistema de aumentos eventuais dos salários dos juízes, diferentemente dos Estados Unidos da América, em que o salário dos magistrados é o mesmo desde a década de setenta. Os juízes canadenses são estáveis e só podem ser removidos ou afastados do cargo por desvio de conduta e se aposentam, em média, aos sessenta e cinco anos, podendo continuar trabalhando até os setenta e cinco anos de idade, desde que passem por avaliações anuais. No Canadá é unânime o entendimento de que os bons salários e a excelência das condições de trabalho dos juízes reforçam a independência do Poder Judiciário. A Suprema Corte entende que os juízes não são funcionários públicos e que não precisam negociar salários com o governo, sob pena de enfraquecimento de sua independência e imparcialidade, além da perda da confiança do público.

Quanto às limitações legislativas impostas pela Carta, é válido mencionar que a norma penal estará em conflito com a seção sete da carta se for vaga ou demasiadamente abrangente

ou se for grosseiramente desproporcional ao interesse social.

No mesmo sentido estão as disposições da carta quanto às punições, que não poderão ser desproporcionais, sob pena de violação ao direito contra castigo cruel e incomum (seção doze). Com esse raciocínio, firmou-se o entendimento, no caso *Smith*, de que a pena de sete anos por importação irregular de remédios violava a Carta de Direitos.

Igual incompatibilidade foi declarada no caso *USA v. Burns*, quando se entendeu que, em razão da inexistência de pena de morte no Canadá, ninguém poderia ser extraditado sem a garantia de não aplicação da punição capital pelo Estado requerente.

3. BREVE COMPARAÇÃO COM O *BILL OF RIGHTS* DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O texto constitucional estadunidense foi discutido e aprovado pela Convenção Constitucional da Filadélfia, na Pensilvânia, no período compreendido entre os dias 25 de maio e 17 de setembro de 1787. Possui 07 (sete) artigos e 27 (vinte e sete) emendas. Os artigos iniciais tratam da organização político-administrativa do país, estando o *Bill of Rights* dos Estados Unidos da América previsto nas dez primeiras emendas.

Possuem relevância criminal a quarta, a quinta, a sexta e a oitava emenda.

A quarta emenda, assim como a seção 8 da carta de direitos canadense, protege o jurisdicionado contra busca e apreensão desarrazoada, assegurando a inviolabilidade das pessoas, de suas casas e documentos, devendo a expedição de mandados de busca se fundar em juízo de probabilidade, apoiado por juramento ou afirmação, com descrição do local da diligência e das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

A quinta emenda possui especial relevância, por prever a impossibilidade de se privar alguém de sua vida, liberdade ou

propriedade sem o devido processo legal, a impossibilidade de expropriação de propriedade privada, para uso público, sem justa indenização e a não obrigatoriedade de o jurisdicionado testemunhar contra si mesmo. Sobre este último tema, é interessante observar que o legislador americano de 1791 inseriu, de modo expresse, o princípio *Nemo tenetur se detegere* em sua Constituição, opção não adotada pelo legislador brasileiro, levando a doutrina pátria a extrair o referido direito do art. 5º, LXIII, da Constituição da República, que determina que se informe ao preso sobre o seu direito de permanecer calado, interpretando o dispositivo no sentido de que tal prerrogativa se estenderia a qualquer pessoa, estando ou não presa. Igual direito é assegurado pelo art. 8º, §2º, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

A sexta emenda prevê o direito a um julgamento rápido e público, que deverá ser realizado por um júri imparcial, no distrito onde o crime tenha sido cometido, devendo tal distrito ser previamente estabelecido por lei. Ressalva ainda o direito de o acusado ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser confrontado com as testemunhas de acusação e ser defendido por um advogado.

Importa salientar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, nos E.U.A. todos os crimes são de competência do Tribunal do Júri, que só não apreciará a causa se o réu declarar-se antecipadamente culpado, hipótese em que o processo será julgado pelo Juiz togado. O interrogatório do réu e a inquirição das testemunhas são realizados diretamente pelas partes. Os jurados não respondem a quesitos, cabendo a eles decidir se o réu é inocente ou culpado, não havendo, outrossim, incomunicabilidade entre eles, devendo a decisão ser sempre unânime.

No Canadá o Júri é formado por doze pessoas, escolhidas entre os cidadãos da província ou do território onde o Tribunal se situa. A forma de seleção dos jurados é determinada pela legislação de cada província, mas, em regra, exige-se maiori-

dade e cidadania canadense. A seção onze da carta de direitos prevê o direito a julgamento pelo Júri, em hipóteses de prática de delito punido com prisão igual ou superior a cinco anos ou reprimenda mais severa.

Especial atenção merecem as previsões inseridas nos textos dos dois países acerca da duração do processo. A sexta emenda (E.U.A) e a seção onze (Canadá) prevêem o direito a um julgamento rápido, instituto que encontra raízes na Magna Carta de 1215, onde se afirmou que “não venderemos, nem recusaremos, *nem protelaremos* o Direito de qualquer pessoa de obter Justiça”.

Sobre o assunto, é interessante mencionar que, conforme citado por Siegel e Senna (2007), o tema, nos Estados Unidos da América, veio à tona com o julgamento do caso *Klopfers vs. North Carolina*, em 1967. O Promotor de Justiça responsável pelo processo, após a não condenação do acusado no primeiro julgamento, optou por suspender a acusação indefinidamente, pelo que *Klopfers*, o acusado, pleiteou ao Judiciário a obtenção de um acordo ou julgamento mais rapidamente. Não tendo logrado êxito, alegou perante a Suprema Corte que a postura processual do Promotor de Justiça, que intencionava processá-lo indefinidamente, violava a sexta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que previa a obrigatoriedade de um julgamento rápido a todos os indivíduos. Apreciando a matéria, a Suprema Corte entendeu que um promotor não poderia processar alguém indefinida e injustificadamente. Contudo, uma melhor definição do que viria a ser um julgamento rápido só ocorreu no julgamento do caso *Barker vs. Wingo Factors*, em 1974, que levou o Congresso Americano a publicar, no mesmo ano, uma interpretação da sexta emenda, que foi denominada *Federal Speedy Trial Act*. Neste ato, estabeleceu-se que o tempo para a averiguação da autoria e da materialidade do delito e, conseqüentemente, da indicação de um suspeito (*indictment*) não poderia ser superior a 30 dias. Imediatamente

após a acusação, o processamento (*trial*), deveria ser encerrado em até 70 (setenta) dias, totalizando 100 (cem) dias.

A oitava emenda, por sua vez, dispõe que não se exigirá fiança excessiva, nem serão impostas multas excessivas nem penas cruéis ou incomuns. No mesmo sentido foi redigida a Seção doze da Carta de Direitos canadense, que impede a aplicação de castigo cruel e inumano. Sobre este tema, muito ilustrativas as reflexões do professor doutor Álvaro P. Pires, da Universidade de Ottawa, que considera paradoxal a concepção atual de que a prisão, dentre tantas possibilidades de sanção em matéria de direito criminal, é a punição principal do Direito Penal moderno. O jurista enfatiza que, até o século XVIII, a dimensão temporal da pena não era relevante, pois os castigos possuíam caráter pontual, como pena de morte, galeras perpétuas, chicotadas, expulsão, multas, confisco de bens ou marcas físicas. Com Beccaria (1764), o conceito de severidade passa a ser ligado à *duração* do castigo, introduzindo a idéia paradoxal de que vinte chicotadas são uma punição mais severa do que vinte anos de prisão, proporção adotada pelas mais respeitáveis cartas de direitos da atualidade.



4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo; JÚNIOR, Aury Lopes. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

- HALL, Kermit, ed. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford U. Press, 1992.
- LEVY, Leonard W. et al., ed. *Encyclopedia of the American Constitution*. 5 vol; 1992.
- OLIVEIRA, Edmundo (1999). *O Tribunal do Júri na Administração da Justiça Criminal nos Estados Unidos*. Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- PIRES, Álvaro. *Como o conceito de pena é um obstáculo cognitivo à inovação do sistema de Direito Criminal*. Ottawa, Setembro de 2010. Palestra ministrada a magistrados brasileiros e canadenses por ocasião do I Congresso Internacional da AMB.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. *A Problemática do Júri*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia. Uberlândia: Faculdade de Direito, v. 6, nº 1.
- ROACH, Kent. *A Carta de Direitos e o Direito Criminal*. Toronto, Setembro de 2010. Palestra ministrada a magistrados brasileiros e canadenses por ocasião do I Congresso Internacional da AMB.
- SHARPE, Robert; ROACH, Kent. *The Charter of rights and freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2005.