

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Francisco das Chagas Barros de Sousa

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Selene Coelho de Lacerda

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Regina Lúcia Almeida Rocha

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rita de Cássia Maia Baptista Moreira

SUBCORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

José Antonio Oliveira Bents

DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Carlos Nina Everton Cutrim

OUIDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES (2007/2009)

Francisco das Chagas Barros de Sousa

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Rita de Cássia Maia Baptista Moreira

CONSELHEIRA

Regina Lúcia Almeida Rocha

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Suvamy Vivekananda Meireles

CONSELHEIRO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

CONSELHEIRO

Nilde Cardoso Macedo Sandes

CONSELHEIRA

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

CONSELHEIRO

SUPLENTE

José Argôlo Ferrão Coelho

Regina Maria da Costa Leite

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Selene Coelho de Lacerda

José Antonio Oliveira Bents

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Reinaldo Campos Castro

Nilde Cardoso Macedo Sandes

José Antonio Oliveira Bents

Regina Lúcia Almeida Rocha

Maria dos Remédios Figueiredo Serra

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

José Argôlo Ferrão Coelho

Daniel Ribeiro da Silva

Eliza Brito Neves dos Santos

Iraci Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lúcia de Mello e Silva Moraes

Lígia Maria da Silva Cavalcanti

Suvamy Vivekananda Meireles

Krishnamurti Lopes Mendes França

Francisca Pereira Teive

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

Carlos Nina Everton Cutrim

Selene Coelho de Lacerda

José Henrique Marques Moreira

Domingas de Jesus Froz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

César Queiroz Ribeiro

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

Regina Maria da Costa Leite

Flávia Teresa de Viveiros Vieira

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Teodoro Peres Neto

Rita de Cássia Maia Baptista Moreira

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 14, jan./dez. 2007

CONSELHO EDITORIAL

José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

José Henrique Marques Moreira
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Rita de Cássia Maia Baptista Moreira
PROCURADORA DE JUSTIÇA

Lena Cláudia Ripardo Pauxis
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Luís Fernando Cabral Barreto Júnior
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Francisco de Aquino da Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Maria Luíza Ribeiro Martins
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Márcia Moura Maia
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Laert Pinho de Ribamar
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Waldenice Oliveira Almeida Castro
COORDENADORA DE COMUNICAÇÃO

Maria dos Remédios R. dos Santos
COORDENADORA DA BIBLIOTECA

Editoração e Normalização
Coordenação da Biblioteca - PGJ

Revisão
Ilza Galvão Cutrim

Capa
Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA. CEP: 65.020-910.
Fone: (0XX98) 3219-1600
FAX: (0XX98) 3231-2890
E-mail: procuradoria@mp.ma.gov.br
Home page: www.mp.ma.gov.br

As idéias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2007.
n. 14

Anual

1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677- 1060

Solicita-se permuta We ask for exchange On demande l'échange

APRESENTAÇÃO

Desde 1991, ao final de cada ano, o Ministério Público do Estado do Maranhão entrega à comunidade jurídica brasileira a **Revista *Juris Itinera***, reunindo artigos de todos os ramos do direito, encerrando, principalmente, manifestações de Promotores e Procuradores de Justiça, numa significativa demonstração de sintonia com os temas atuais mais caros à Instituição.

Essa produção científica e doutrinária, resultado de reflexão detida e elaborada, em muito orgulha toda a Administração Superior, porquanto coloca o Ministério Público maranhense em posição de relevo no cenário nacional, coroando todo um trabalho administrativo e institucional, que tem recebido reconhecimento da sociedade local e de tantos quantos o conhecem.

Neste número, temas proeminentes do direito constitucional, do direito civil, do direito penal e do direito da infância e da juventude, dentre outros, são enfrentados por membros e servidores do Ministério Público, por vários integrantes de outras instituições e, ainda, por professores universitários de renome, todos irmanados no propósito de compartilhar, com aqueles que operam o direito, seus conhecimentos e experiências, numa patente expressão de generosidade e compromisso com os postulados ético-jurídicos.

Finalizando, concito todos aqueles que tiverem acesso a esta Revista, cuja doutrina jurídica se mostra idônea a instrumentar os comprometidos com a realização dos grandes valores constitucionais, a se juntarem ao Ministério Público na tarefa de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, em contraposição a um mundo marcado, presentemente, pelos signos do individualismo e do desrespeito a direitos fundamentais.

FRANCISCO DAS CHAGAS BARROS DE SOUSA
Procurador-Geral de Justiça

T

T

L

L

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

O JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Herberth Costa Figueiredo13

DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA TENSÃO EM QUE O DESCONHECIMENTO DA ALTERIDADE E OS ÓBICES À ATUAÇÃO PARTICIPATIVA DOS SUJEITOS DESTINATÁRIOS DAS NORMAS IMPEDEM A FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Henrique Helder de Lima Pinho33

POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DO NÃO DIREITO AO DIREITO NEGADO

Cláudia Maria da Costa Gonçalves51

CRISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A CRISE DO ENSINO JURÍDICO E OS CAMINHOS PARA SUA SOLUÇÃO

Elizon de Sousa Medrado71

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Victor Oliveira Silva85

DIREITO CIVIL

O MUNICÍPIO E A TUTELA DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

Herberth Costa Figueiredo 115

OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS DE CONSUMO EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Herberth Costa Figueiredo 133

DIREITO PENAL

PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INFRATOR

Mário Luiz Ramidoff 157

O CRIME ORGANIZADO E O CRIME DE COLARINHO BRANCO

Ana Luíza Almeida Ferro 165

A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EM QUESTÃO: POSSIBILIDADES E LIMITES NO SÉCULO XXI

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães 183

SISTEMA PENAL MÁXIMO: O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM E O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO SUBSISTEMAS DE CONTROLE SOCIAL PUNITIVO. A MÍDIA COMO CONTROLE INFORMAL DO SISTEMA. VIAS CONTRADITÓRIAS DO DIREITO PENAL GARANTISTA

Justino da Silva Guimarães 219

**REELEIÇÃO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
E PRESCRIÇÃO: INTERPRETAÇÕES TELEOLÓGICA E
HISTÓRICO-EVOLUTIVA PARA UM NOVO OLHAR SOBRE
A APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/92**

Henrique Helder de Lima Pinho253

**CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: ALGUNS
ASPECTOS RELEVANTES**

José Osmar Alves267

**MINISTÉRIO PÚBLICO E INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL: REFUTANDO OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS**

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho279

**PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL:
ADOLESCENTE INFRATOR PORTADOR DE
SOFRIMENTO PSÍQUICO**

Abrahão Jefferson Batista Silva305

**A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

André Gonzalez Cruz327

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESCRITIBILIDADE
DOS CRIMES CONTRA A VIDA**

Hérica Cunha de Carvalho Peres Soares353

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA
REAL APLICAÇÃO**

Hilton Araújo de Melo363

T

T

L

L

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

T

T

L

L

O JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Herberth Costa Figueiredo**

Resumo: O presente artigo oferece uma breve visão sobre o novo perfil do Judiciário frente à efetivação dos direitos fundamentais em um legítimo Estado Democrático de Direito, em que diante de uma sociedade complexa marcada pelo multiculturalismo afigura-se a necessidade do mesmo adequar-se a uma nova realidade social, de maneira a tornar eficaz a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sob pena de tornar-se um Poder arcaico, burocrático e irrelevante para a sociedade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Justiça e função social do Judiciário. Realidade e paradigmas sociais.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade precípua abordar, sob um enfoque social, político e jurídico e dentro da concepção do Constitucionalismo contemporâneo, o novo perfil do Judiciário frente à efetivação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

O tema será desenvolvido de forma sistemática, tendo em vista que para compreender a função social do Judiciário na implementação dos serviços de relevância pública, torna-se imprescindível definir o que se deve entender por direitos fundamentais, como também estabelecer a importância da cultura democrática no Judiciário quando o mesmo for chamado a interferir nas questões políticas.

Será realizada uma análise fática e jurídica acerca dos problemas estruturais, organizacionais e institucionais que comprometem o funcionamento do Judiciário como poder estatal garantidor dos serviços básicos para os grupos e movimentos sociais.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional.

Ênfase especial será reservada à normatividade estatal, especialmente para os fatores que estão desencadeando uma nova postura crítica do Judiciário frente ao ordenamento jurídico para adequar-se à nova realidade sócio-econômica emergente.

Discutir-se-á a questão do papel do Judiciário como agente de transformação social, em que se perceberá a necessidade de mudanças radicais na cultura jurídica dos magistrados em busca de proteger os novos tipos de conflitos surgidos com os novos direitos consagrados pela Constituição de 1988, os quais clamam por uma justiça distributiva por meio do Estado-Providência.

Finalmente, serão traçados os novos paradigmas hermenêuticos que devem nortear as atividades do Judiciário para tornarem efetivos os direitos fundamentais, posto que somente com a transformação do processo de aplicação e interpretação do direito será possível resgatar e garantir a dignidade da pessoa humana dentro de um legítimo Estado Democrático e Social do Direito.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre os direitos fundamentais e a noção de Estado de Direito há uma íntima e indissociável vinculação, posto que os direitos fundamentais integram ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional.

Sobre o nexo de interdependência entre os direitos fundamentais e Estado de Direito, Salert (2003, p. 64) afirma que “o Estado Constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente. Os direitos fundamentais podem ser considerados *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático”.

Ainda em relação à íntima correlação entre os direitos fundamentais e a noção de Estado de Direito, cumpre-nos mencionar as palavras de Pérez Luño (1995, p. 19), para quem “existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para a sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito”.

José Rocha (1995, p.58) entende que “Os direitos fundamentais são assim denominados por serem conferidos pela Constituição e por terem a função fundamentadora e legitimadora do sistema jurídico-político do chamado Estado de Direito”.

Os direitos humanos nascem e se formulam segundo circunstâncias sócio-histórico-políticas e como se referem à inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos pode-se dizer que se difundem e se generalizam através de dimensões ou gerações, de forma que os direitos de primeira geração estarão ligados aos direitos civis e políticos e às liberdades negativas; os de segunda dimensão estariam atrelados aos conteúdos das liberdades positivas, como os econômicos, sociais e culturais; os de terceira geração vinculariam-se às questões que afligem os homens em conjunto, como os relativos à paz, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação; e os de quarta dimensão, que forem introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade política e que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado, correspondem ao direito à social-democracia, ao direito à informação e o direito ao pluralismo.

Os direitos fundamentais enquanto conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídica, política, psíquica, física e afetiva dos seres e de seu habitat, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum.

A concretização dos conteúdos dos direitos humanos depende do caráter eficaz das normas constitucionais, posto que não há direitos fundamentais sem um reconhecimento de uma esfera própria de pessoas perante o poder político, o que em outras palavras significa que não há direitos humanos sem Estado, ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.

O papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim como o máximo de adequação dos conteúdos que lhes são próprios, requer não apenas, no âmbito das liberdades negativas (direitos individuais), do reconhecimento em nível legislativo expresso ou implícito, através de uma cláusula constitucional aberta (art. 5º, § 2º da CF/88); como também implica em nível do âmbito das liberdades positivas (direitos sociais,

econômicos e culturais), de políticas públicas estatais implementadas através de produção legislativa ordinária de caráter complementar à norma superior.

Dessa forma, como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, um comprometimento comum com a dignidade de todos.

3 CONCEPÇÃO SOCIAL DE JUSTIÇA

Desde a Antiguidade, o homem tem se preocupado com a noção de justiça como um valor imprescindível para a coexistência humana na busca de solucionar os conflitos de interesses.

A Justiça, na concepção Socrática, é algo superior, sendo pois a obediência à lei um dever que se impõe a todos. A justiça constitui-se como produto da razão, em que o conhecimento é necessariamente igual e válido para todos os homens.

Em “A República”, Platão expõe sua concepção ideal de Estado e de Justiça, segundo o qual o Estado constitui-se uma totalidade perfeita em que se acha imerso o indivíduo, e a Justiça é uma virtude por excelência, informando ao homem o que lhe cumpre fazer em benefício do coletivo, tendo em vista o bem-comum.

Aristóteles concebeu a Justiça segundo uma proporção matemática, posto que assim ela está mais propensa à observação dos fatos que à idealização. O princípio da justiça é a igualdade, a ser aplicada de diversas maneiras, tratando-se desigualmente os desiguais, segundo uma proporção geométrica.

Ulpiano, célebre jurisconsulto romano, caracterizou a idéia de justiça como proporção, ou seja, “a justiça consiste em dar a cada um o que é seu”. No entanto, a grande incógnita até o presente momento é saber o que pertence a cada um.

Como se percebe, a Justiça pode ser vista sob tríplice aspecto, como idéia, valor e ideal. Enquanto idéia, a justiça é a representação abstrata do perfeito equilíbrio na vida em sociedade. Sob o ângulo valorativo, a justiça adquire dimensão relativa, pois a importância que se dá a uma coisa varia segundo o tempo e o espaço, já que a idéia de justiça pode variar constantemente, dependendo do momento histórico. Já a concepção de justiça atrelada a um ideal assenta-se na noção de igualdade.

De início, a justiça limitou-se a dirimir conflitos de interesses individuais, mas à medida que a sociedade foi se tornando complexa face às transformações ocorridas especialmente a partir da Independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa, o Estado Moderno teve que se organizar e estruturar de forma a acompanhar as mudanças políticas, sociais, econômicas e jurídicas.

A idéia de separação do poder através da obra *De l'Esprit des Lois*, de Montesquieu, viu-se incorporada ao Constitucionalismo, sendo concebida num primeiro momento, como meio de enfraquecer o Estado, diminuindo sua importância no meio social em razão das imposições nascentes do Estado Liberal. A desconcentração do poder, através da distribuição de seu exercício a vários órgãos, atendia às necessidades de proteção dos interesses individuais, como meio de expressão da soberania popular.

Somente no início do Século XIX, generalizou-se a concepção de que o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, estava associado à idéia de Estado Democrático, funcionando como um sistema de freios e contrapesos, de modo a otimizar a eficiência do Estado, mediante a repartição de suas atribuições entre órgãos especializados.

À medida que o Poder Judiciário se legitimou junto à sociedade, como instância habilitada a dirimir os conflitos individuais e coletivos na promoção do bem-estar da coletividade, exsurge o ideário de uma correta e efetiva aplicação da justiça.

A exata dimensão da noção de justiça somente vai ocorrer por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do Século XX, pois a crise do liberalismo faz emergir os direitos sociais ou coletivos, avultando o surgimento da Justiça Social.

No plano jurídico, surgem novas gerações de direito, mais complexas e que reclamam do Estado garantias institucionais mais efetivas.

Como bem assinala Amorim de Oliveira (1998, p. 135) dentro desse novo redimensionamento do Estado, o Judiciário passa a desempenhar a imprescindível função de zelar pela manutenção do patrimônio da sociedade, de seus estagamentos e do próprio cidadão em particular, pois é mantenedor do *status quo* dos direitos fundamentais, dos grupos e dos povos.

Atualmente, vive-se o momento de redefinição das funções do Estado e quais as correspondentes inovações no plano da atividade judicial,

uma vez que com a afirmação do Estado Social e Pós-Social inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas.

Nesse novo cenário, cabe ao Judiciário enfrentar as questões jurídicas de um Estado em crise de auto-regulamentação social e de implementação de políticas públicas em função da escassez de recursos, competindo-lhe criar novas técnicas de garantia de efetividade aos novos direitos vitais que vão surgindo.

Fernandes Campilongo (1998, p.48), ao se reportar sobre a função social do juiz, acentua que “O progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo”.

Assim, diante das profundas transformações das estruturas normativas estatais, o Judiciário deve aplicar o direito com base em uma dupla racionalidade: uma presidida pelo princípio da legalidade; e outra, orientada pelo critério da eficiência, com a escolha de valores e aplicação de critérios objetivos de redistribuição de direitos e de justiça social.

4 DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A democracia pressupõe a existência de um Estado de Direito, sem o qual não há garantias de respeito aos direitos humanos, pois um governo de Estado democrático com base legal deve preservar as liberdades políticas, os direitos civis, um sistema legal que possa garantir a equidade e o acesso à justiça, além de manter uma eficiente rede de responsabilidade e de controle mútuo entre os poderes constituídos para a efetivação da democracia cidadã.

No atual contexto mundial, predominado por concepções neoliberais, sobressai-se a relação entre Estado, Direito e Sociedade, como condições de possibilidades da realização da democracia e dos direitos fundamentais.

A democratização das relações sociais surgidas com a construção do *Welfare State* significou a abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas por parte da sociedade, em que o Estado passa a ser o alicerçador de ações positivas que garantam o bem-estar e a qualidade de vida do cidadão.

O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da conjugação do Estado de Direito e do *Welfare State*, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo teleológico de transformação do *status quo* e da construção do Bem-Estar Social.

A Constituição brasileira é uma Carta densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais, trazendo mecanismos para a implantação das políticas do *Welfare State*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No Estado Democrático de Direito cabe ao Judiciário, além de suas funções habituais, controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais, pois o juiz passa a integrar o circuito de negociação política.

A Constituição de 1988, ao atribuir ao Judiciário as funções sociais, de impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais e de enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos, conferiu-lhe uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva.

O Judiciário não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses supra-individuais, pois diante das inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo, pode suprir a atuação destes utilizando-se dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

A Carta Constitucional dotou a sociedade de instrumentos aptos a suprirem a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, como no caso de mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de promover a interveniência e a integração da mesma com o Judiciário em busca da efetivação dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Acerca dos valores substantivos, representados pelos direitos sociais e fundamentais, Streck (2004, p. 20) leciona que:

É possível sustentar, desse modo, que o Estado Democrático de Direito, previsto nos preâmbulos de várias constituições, tem a pretensão de proporcionar um regime político que objetiva abranger o máximo possível de democracia e de Estado de Direito no conjunto das suas recíprocas implicações substantivas e adjetivas. Os valores que as constituições

substantivam representam um processo de ruptura com os modelos do constitucionalismo anterior. A forma e a própria previsão de procedimentos cedem considerável espaço para os valores substantivos, representados pelos direitos sociais e fundamentais que os textos estabelecem.

Como se percebe, esses valores subjetivos fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais por meio da atuação concreta da justiça constitucional.

Destarte, o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais, pois do Judiciário de hoje não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a promoção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.

5 FUNÇÃO SOCIAL DO JUDICIÁRIO

Para serem avaliadas as atuais funções sociais do Judiciário é fundamental levar-se em consideração a realidade jurídica em que ele se encontra inserido, abrangendo-se os aspectos social, político e econômico.

Do ponto de vista social, o que se constata é um círculo vicioso de desigualdades sociais e aumento da pobreza e marginalidade. Do ponto de vista político, o que se vê é uma distribuição perversa dos direitos efetivamente adquiridos e a concessão formal de direitos sociais que não podem ser concretizados por falta de regulamentação das normas programáticas. Do ponto de vista econômico, o que se identifica é a estagnação, a inflação e a subsequente deterioração dos padrões de consumo, sem poupança, sem investimento, sem mercado, sem emprego e sem moeda estabilizada.

Esses conflitos e dilemas da sociedade brasileira exigem uma redefinição nas funções do Estado, especialmente uma inovação no plano da atividade judicial, pois com a afirmação do Estado Social inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas.

Diante dessa dinâmica dos processos sociais que reclamam transformações científicas, tecnológicas, sociais, políticas e econômicas em todos os segmentos, instituições e poderes da sociedade, o Judiciário assume o papel fundamental de dar ênfase às fórmulas de auto-regulação social que garantam a implementação das políticas sociais.

No campo do Direito Constitucional, face aos antagonismos entre interesse público e interesse privado, entre os direitos individuais, coletivos e difusos, entre as regras de aplicabilidade imediata, restrita e dependente, o Judiciário tende a se transformar cada vez mais em um sujeito ativo do processo político, o que exige do julgador posturas incompatíveis com o rigor formalista, técnico e legalista.

O Judiciário deve atuar como um garantidor da estabilidade da dinâmica institucional em virtude das estruturas normativas do Estado Social serem teleológicas e hierarquizadas funcionalmente segundo considerações de caráter valorativo, já que os direitos sociais lidam com uma seletividade de inclusão social e não de exclusão.

Fernandes Campilongo (1998, p. 47), ao se referir à função social do Judiciário, preconiza que “O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais era, e continua sendo, conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa seletividade inclusiva”.

O novo estilo da função judicial evidencia o caráter político conferido constitucionalmente à função social do Judiciário, posto que as decisões judiciais não mais se resumem a um silogismo, com subsunção do fato à norma, mas sim instrumentos de direção e promoção social com dimensões políticas sobre as implicações sócio-econômicas e sobre a natureza ideológica da ordem legal.

5.1 Normatividade Estatal

A justificação da juridicidade das decisões sempre esteve assentada no modelo das estruturas normativas formais e materiais da Teoria Kelseniana, ou seja, em sistemas hierarquizados e estruturados em cadeia piramidal.

No entanto, com as novas estruturas normativas do Estado do Século XX, marcadas pelo pluralismo jurídico, multidisciplinariedade do direito e auto-regulação social, houve mudanças na linhagem interpretativa e

aplicação do direito pelo Judiciário, que passa a se utilizar do sistema circular para justificar suas decisões, onde a racionalidade jurídica material deve orientar os objetivos sociais de aplicação do direito diante das situações fáticas e concretas da realidade social.

A praticidade dos sistemas circulares reside no seu caráter pragmático face à heterogeneidade de fatores intercorrentes no mundo jurídico, em que os sistemas jurídicos passam a atuar como rede, aptos a capturarem a complexidade da realidade social. O saber pragmático exigido pela nova racionalidade jurídica pressupõe o conhecimento das situações concretas para, finalmente, extrair o máximo da regra.

Pode-se afirmar que as mudanças na normatividade estatal têm ocorrido em virtude de três fatores: **hipertrofia do legislativo**, provocada inclusive com legalidade produzida fora do Parlamento; **variabilidade de normas**, modificando constantemente a regulação dos mais diversificados aspectos da vida social e tornando a legislação instável; e **problemas de coerência interna do ordenamento**.

A hipertrofia legislativa representa o reflexo de um Estado que desempenha múltiplas funções e de uma sociedade crescentemente diferenciada e fragmentada, em que os atores sociais (partidos, sindicatos e movimentos sociais) e a burocracia estatal estão sempre buscando proteção jurídica para seus interesses materiais, fazendo com que a forma jurídica, a lei, entre em metamorfose sob a base de uma pluralidade de pretensões substantivas. Esse fator, ao invés de cumprir sua função de aumento da certeza e segurança jurídicas, gera o perverso efeito do esvaziamento da eficácia da própria lei, com a possibilidade de decisões divergentes, frustrantes e fraudadoras da garantia dos direitos pelo Judiciário.

A variabilidade normativa é outro sintoma da perda da capacidade regulatória do direito, pois modifica os pontos de orientação tradicionais do Judiciário ao retirar-lhe a estabilidade da lei, tornando-a precária e descartável, já que o nascimento da norma não põe fim às expectativas opostas das partes em face ao contexto social ser altamente conflitivo e fragmentado.

O problema de coerência interna do sistema legal, como consequência natural da conjugação dos dois fatores supracitados, é decorrência do crescimento da produção de normas e da sua instabilidade, uma vez que é altamente problemático para o Judiciário acompanhar o aumento da complexidade normativa e das mudanças legais.

Diante dessas características da normatividade estatal, o direito atual rompe com os postulados de harmonia e homogeneidade da era das grandes codificações, já que a idéia de unicidade do sistema jurídico é substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos dotados de lógicas próprias, mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrosistema.

5.2 Efetivação dos Direitos Fundamentais

Enquanto os direitos humanos foram originariamente constituídos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado mediante ação negativa, os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis, sob a forma normativa de obrigações do Executivo, pois, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos necessitam de uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos.

Sobre a diversidade de afirmação dos direitos individuais e sociais, Eduardo Farias (1998, p. 106) assinala com bastante precisão que:

À medida que os direitos sociais se expandem, a tradicional oposição entre interesse comum, geral e universal, por um lado, e interesses particulares, por outro, é substituída pelo reconhecimento dos interesses coletivos, que transcendem os direitos individuais e impõem limites crescentes ao direito privado. Como os interesses coletivos são interesses de grupos, comunidades, corporações e classes, ou seja, interesses conflitantes (e muitas vezes excludentes) entre si, a idéia de interesse comum, geral e universal já não pode mais ser concebida como uma espécie de “princípio totalizador” destinado a compor, integrar, harmonizar e organizar os interesses individuais. Quanto mais os direitos sociais se multiplicam e se consolidam, mais a idéia de interesse geral e universal cede lugar à idéia de interesse social, por meio do qual se torna possível obter a mediação, a arbitragem e, acima de tudo, o

equilíbrio dos diferentes interesses coletivos em confronto.

A proteção dos direitos individuais tradicionais exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, ao passo que os direitos sociais não podem simplesmente ser atribuídos aos cidadãos, pois requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade (grupos, comunidades, corporações e classes), cujo objetivo é fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.

Em relação aos direitos fundamentais, o Judiciário tem revelado uma crônica incapacidade de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação *praeter legem* (fora da lei), pois ao interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos na Constituição, não consegue definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos.

Preconiza Eduardo Farias (1998, p. 99) que existe um enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor, entendendo que:

Se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativista e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativa e processualmente superada; uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflitos – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social, ou seja, os conflitos de caráter intergrupual, intercomunitário e interclassista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação.

Com o advento dos direitos sociais, o Judiciário assume uma postura relativamente condescendente em relação à inércia do Executivo pela não promoção das políticas públicas aptas a efetivar os direitos sociais. O Executivo, a pretexto da resolução de sua crise fiscal, vem promovendo

cortes drásticos nos serviços públicos essenciais, fugindo de suas obrigações sociais, e o que é pior, vem privatizando as áreas da saúde, educação e previdência.

Sob o ponto de vista político, as políticas públicas representam um conjunto heterogêneo de medidas que envolvem a elaboração de leis programáticas, portanto de orçamentos de despesas e receitas públicas para a implementação e efetivação dos direitos sociais consagrados constitucionalmente.

Dentro de uma visão jurídica extremamente normativista e legalista, o Judiciário não exige do Executivo o cumprimento de suas funções, nem tenta evitar a degradação dos serviços essenciais, fazendo perecerem os direitos humanos e sociais, cuja aplicação efetiva teria um peso decisivo no aperfeiçoamento do processo político, cultural e econômico do País.

Observa-se que a concreção dos direitos humanos e sociais prevista no texto constitucional tende a ficar apenas enunciados ou propostos formalmente, posto que incessantemente negada pelo Poder Público sob o fundamento de que para se efetivarem materialmente precisam de regulamentação por meio de leis complementares.

Provocado adequadamente, o Judiciário pode tornar-se um poderoso instrumento de formação de políticas públicas, pois o debate levado à esfera judicial, através de ações de cidadãos e advogados, permite o avanço da democracia ao admitir as discussões de temas relevantes e provoca a implementação e efetivação racional dos direitos humanos e sociais.

Como se percebe, o Judiciário precisa urgentemente promover mudanças estruturais, organizacionais e institucionais em seu funcionamento, de maneira a enfrentar as novas e complexas situações sociais e a responder de modo eficaz à explosão de demandas por direitos coletivos, difusos e fragmentários.

6 O JUDICIÁRIO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Na última década, por causa de suas decisões mais recentes, exigindo do Executivo o respeito estrito à ordem constitucional em nome da certeza jurídica da segurança do direito, o Judiciário alcançou grande visibilidade na sociedade urbano-industrial.

Não sobejam dúvidas que o Judiciário vem se empenhando em resguardar valores tradicionalmente garantidos desde o advento do Constitucionalismo moderno, tentando timidamente adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às novas realidades sociais de uma sociedade estigmatizada por contradições econômicas, antagonismos sociais e paradoxos políticos, que estão a exigir cada vez mais do julgador tutelas diferenciadas, novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos e coletivos.

No plano social, diante dos novos tipos de conflitos e dos novos direitos consagrados pela Constituição de 1988, o Judiciário, ainda ligado a uma cultura técnico-profissional, mostra-se incapaz de interpretar adequadamente as normas programáticas e as normas com conceitos indeterminados, que mesmo se limitando a indicar certas finalidades ou objetivos, estão a exigir dos órgãos do Executivo uma regulamentação e concretização de serviços básicos pelo Estado-Providência.

O Estado-Providência, como provedor de serviços, promotor de novas relações sociais, planejador de atividades econômicas e agente produtor de bens e serviços, exige dos aplicadores do direito, especialmente do Judiciário, um amplo esforço de compreensão valorativa de suas regras programáticas e principiológicas, mediante procedimentos hermenêuticos mais abertos e flexíveis que sejam capazes de promover a realização política de determinados valores, moldando e afetando a realidade sócio-econômica a partir da efetivação das políticas públicas dos serviços de relevância pública.

Apesar do importante papel do Judiciário como poderoso instrumento de formação de políticas públicas voltadas para a consecução dos direitos humanos e sociais, o que se tem observado com certa frequência nos meios jurídicos é que as sentenças judiciais não vêm tendo eficácia na concretização dos serviços básicos em face da omissão do Executivo em formular e implementar as políticas públicas necessárias ao seu alcance.

Compendiando os ensinamentos de Eduardo Farias (1998, p. 67) sobre as transformações do Judiciário em virtude de suas responsabilidades sociais, cumpre assinalar que:

Neste momento de renovação organizacional, processual e funcional do Judiciário, respondendo às profundas mudanças sociais, econômicas, políticas e

culturais de uma sociedade heterogênea, complexa e contraditória, é importante que os magistrados transformadores não cometam um equívoco semelhante, escolhendo mal as coisas que desejam destruir e substituir. O momento exige atitudes inteligentes – e uma delas, condição necessária porém não suficiente para que a Justiça readquira credibilidade e legitimidade, resgatando suas funções sociais, é o diálogo substantivo sem idiosincrasias e preconceitos. Um diálogo forjado a partir de uma racionalidade comunicativa capaz de fluir com base na força do melhor argumento, na dimensão do tríplice respeito à verdade factual, aos princípios mais elementares de justiça social e às convicções doutrinárias.

Dessa maneira, o Judiciário tem que obrigatoriamente modificar suas funções jurisdicionais tradicionais em um contexto social cada vez mais complexo, diversificado, contraditório e fragmentado, ampliando suas atividades ao nível do Executivo, para desenvolver em torno do Estado-Providência sistemas de controle mais adequados, isto é, capazes de conter, direcionar e condicionar suas ações promocionais dos serviços essenciais.

7 O NOVO PARADIGMA SOCIAL DO JUDICIÁRIO

O permear deste novo século, marcado por uma sociedade em mudança e em crise, obriga o Judiciário a enfrentar o desafio de ajustar sua função judicante de implementar os direitos humanos e sociais consagrados pela Constituição de 1988 em busca de uma sociedade mais equilibrada, integrada, harmoniosa e solidária.

A necessidade do Judiciário em recuperar a credibilidade da instituição perante a opinião pública tem levado alguns segmentos da magistratura a refletirem sobre suas funções sociais e a necessidade de conectar-se à realidade sócio-econômica através da ampliação do campo de atuação judicial aos movimentos sociais e aos grupos de assessoria jurídica popular.

Entretanto, para que o Judiciário possa decidir com base em critérios hermenêuticos fundados na racionalidade material e não exclusivamente

em critérios lógico-formais acerca da aplicabilidade e implementação dos direitos fundamentais dos movimentos e grupos sociais, torna-se imperioso que ocorram mudanças institucionais na forma de aplicação e interpretação das normas programáticas e de preceitos principiológicos de cunho pouco determinados.

Inicialmente, o Judiciário precisa conscientizar-se de que não existem mais leis acabadas, prontas para serem aplicadas a uma situação concreta, pois o critério de racionalidade material utilizado na prolação das sentenças acaba se tornando um processo de criação de direito pelo hermeneuta, que diante de uma diversidade de normas inacabadas, incongruentes e cheias de lacunas, tende a conferir um certo grau de discricionariedade em suas decisões na incessante busca de justiça e equidade.

Outra temática importante no processo de aplicação e interpretação do direito é a relativização do método exegético em favor da Teoria da Argumentação, pois somente a hermenêutica crítica, que não concentra sua atenção nas respostas, mas sim nas indagações que deram origem aos problemas que dependem de sentenças judiciais, fará o magistrado conseguir ideologicamente depurar o direito de seus condicionamentos sócio-econômicos implícitos.

Alexy (2005, p. 37-38), ao formular a Teoria da Argumentação Jurídica, procura demonstrar a necessária integração que há entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral, asseverando que:

A decisão tomada em qualquer nível da fundamentação é, assim, uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou omitido. Com ela, a ação ou comportamento de uma ou várias pessoas é preferido em relação a outras ações ou comportamentos seus, isto é, um estado de coisas é preferido em detrimento de outro. Na base de tal ação de preferir está, contudo, a enunciação da alternativa eleita como a melhor em algum sentido e, portanto, uma *valoração* ou *juízo de valor*.

Sobre o problema da fundamentação das decisões jurídicas, o autor da Teoria da Argumentação preconiza que:

Por essas razões, a decisão jurídica não se pode fundamentar estritamente no sistema de valorações do ordenamento jurídico; não se pode, contudo, duvidar de que os posicionamentos valorativos formulados na Constituição ou em outras leis ou expressos em numerosas normas ou decisões são relevantes para a decisão a ser tomada. Como no caso das convicções da coletividade, o que se deve levar em conta não é tanto a postulação da observância desses posicionamentos valorativos, mas sim a determinação exata segundo as quais esses podem e devem entrar na fundamentação de uma decisão. (ALEXY, 2005, p. 42).

A hermenêutica dos direitos fundamentais exige do intérprete o abandono ao formalismo em favor de atitudes pragmáticas, permitindo aos juízes posicionarem-se diante das normas promulgadas, porém não regulamentadas, como é o caso de certos direitos humanos e sociais assegurados pela Constituição, mas que são letra morta por não terem sido objeto de leis complementares.

A forma de interpretação “técnica” tem que ser substituída, em alguns casos, pela interpretação “emancipada”, a partir de um processo comunicativo mais espontâneo, fluído entre as partes e os próprios operadores do direito.

O objeto do processo tem que ser visto pelo julgador não como uma divergência concreta entre duas partes, com relação a direitos próprios, mas como uma reivindicação ou uma reclamação sobre ações e omissões políticas do Executivo.

O Judiciário deve abandonar o tradicional modelo vencedor/vencido, deixando de ser meramente reativo e passivo, não se limitando a dizer o direito aplicável ao objeto do litígio, mas passando a estimular os fatos e a organizar o procedimento para facilitar o encontro de soluções viáveis e factíveis.

Também deve haver tendência do Judiciário a efetivar resultados negociados, sob a forma de acordos que implicam concessões mútuas, substituindo os magistrados a obediência estrita à norma por jurisprudências inovadoras baseadas num compromisso em torno do que as partes consideram como sendo socialmente correto.

A visão judicial sobre o processo tem que ser prospectiva e não retrospectiva, no sentido de que a sentença não se esgota na jurisdição do caso, implicando na participação contínua dos juízes na concretização das decisões por eles tomadas.

Por fim, como paradigma de atuação jurisdicional, o magistrado deve conduzir o processo em uma linguagem comum, desformalizado, descentralizado e deslegalizado, de modo a buscar a equidade, o equilíbrio e a ponderação entre as partes.

Como se observa, todas essas transformações processuais são significativas no sentido de estabelecer um novo paradigma de atuação das atividades judiciais dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito, pois qualifica juridicamente os “sujeitos de direito” em função de sua situação sócio-econômica e estabelece novos padrões de legitimidade social, econômica e política para a efetivação dos direitos fundamentais.

8 CONCLUSÃO

O estudo sobre o Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais: paradigmas para a construção de uma realidade social deixa claro e evidente a problemática da incapacidade do aparelho judicial de interpretar e aplicar eficazmente os direitos humanos e sociais estabelecidos na Constituição de 1988.

O texto constitucional, ao atribuir poderes políticos ao Judiciário, conferiu caráter democrático para as regulações sociais, pois o magistrado exerce função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça material, devendo garantir os direitos fundamentais mediante a exigência de implementação de políticas públicas por parte do Estado-Provedor.

Incumbe ao Judiciário desempenhar seu papel histórico no Estado democrático, solucionando os conflitos da sociedade ao atender as necessidades básicas da ordem social e distribuir justamente as vantagens e desvantagens comuns dos recursos oficiais a todos os cidadãos por meio da efetivação dos direitos sociais mediante políticas públicas.

Neste momento de crise das instituições sociais e do Estado, torna-se necessário que o Judiciário crie um projeto jurídico-político capaz de fazer respeitar os direitos civis e políticos assegurados formalmente pela Constituição e de propiciar a aplicação dos mais elementares direitos humanos e sociais.

O Judiciário, na escolha de seus critérios valorativos e aplicação de modelos de justiça distributiva e equitativa, precisa também fortalecer-se frente ao Executivo, a fim de que atue com maior eficiência e determinação na proteção dos serviços públicos essenciais como seguridade social, higiene, saúde, saneamento, habitação e educação básica.

Vivencia-se no Estado Democrático de Direito a existência de uma sociedade que exige um Judiciário dinâmico e que mantenha proximidade com os movimentos sociais, promova o bem-estar dos cidadãos e distribua igualmente a justiça, ou seja, um novo Judiciário enquanto órgão democrático e não arcaico e burocrático, de portas abertas para a participação da sociedade, permeável às novas tendências e capacitado a acompanhar o ritmo das transformações sociais.

Finalmente, dentro desse novo paradigma do Constitucionalismo que se afigura, é necessário que o Judiciário saiba acompanhar as transformações da realidade social, política e econômica do país, para que possa oferecer soluções efetivas aos conflitos grupais, comunitários e classistas, pois a continuar com sua postura tradicional e conservadora poderá tornar-se uma instituição irrelevante e até mesmo descartável por parte da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIAS, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. cap. 2, p. 30-51.

FARIAS, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. Legitimação democrática do poder judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 81, v. 684, p. 404-408, out. 1992.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A importância de um cultura democrática no poder judiciário. In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org). **Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003. p. 161-171.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Judiciário e poder do estado. In: MORAIS, Lília Maria de (Org). **O poder judiciário e os desafios do estado contemporâneo**. Fortaleza: Tribunal de Justiça/ESMEC, 1998. cap. 2, p. 129-138.

PAVÓN, Dalmácio Negro. Natureza social do poder judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 82, v. 695, p. 16-29. set. 1993.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madri: Ed. Tecnos, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STREEK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

UMA TENSÃO EM QUE O DESCONHECIMENTO DA ALTERIDADE E OS ÓBICES À ATUAÇÃO PARTICIPATIVA DOS SUJEITOS DESTINATÁRIOS DAS NORMAS IMPEDEM A FORMAÇÃO DE UMA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

*Henrique Helder de Lima Pinho**

Resumo: Num Estado de Direito que pretende ser democrático, o controle de constitucionalidade das normas jurídicas revela-se de importância crucial, não só no tocante à preservação da compatibilidade destas ao espírito comportado no Texto Maior, mas, principalmente, no que tange à permissão de ingresso dos mais variados atores e interesses no processo de discussão da constitucionalidade das referidas normas. Todavia, o que se tem visto é exatamente o contrário, seja porque há restrito rol de legitimados ao controle abstrato, seja porque vem ocorrendo a abstrativização do controle concreto, atribuindo-se efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede deste controle, com flagrante desrespeito ao contraditório e ao pluralismo político, além de evidente ofensa à alteridade, à medida que a igualdade e a liberdade dos destinatários (não participantes dos processos) das decisões não são verificadas e, conseqüentemente, o processo de construção do Direito resta empobrecido e recheado de requintes de autoritarismo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Modalidades. Distinção ontológica. Controle abstrato. Legitimação ativa restrita. Modulação dos efeitos. Controle difuso. Efeitos transcendentais dos motivos determinantes. Abstrativização. Autoritarismo jurisdicional. Aprisionamento. Participação popular. Alteridade. Identidade constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Propedeuticamente, interessa abordar a Jurisdição Constitucional em alguns de seus aspectos, especialmente no tocante à distinção funcional

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Pós-graduando em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão.

entre controles de constitucionalidade *concreto* e *abstrato*, porquanto essencial para perscrutar-se a questão do risco na perspectiva da decisão em sede de controle de constitucionalidade.

Críticas são formuladas à distinção ontológica entre controles concreto e abstrato de constitucionalidade, na medida em que, particularmente, o controle concentrado (abstrato) impossibilita o influxo equitativo de valores, expectativas e interesses os mais diversos na arena dos debates (procedimento), comprometendo, por conseguinte, a formação de uma identidade constitucional e a realização do Estado democrático de direito.

Hodiernamente, sabe-se que o controle difuso de constitucionalidade é o realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, nas matérias de sua competência, efetivado no bojo de casos concretos, em que qualquer interessado invoca a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, postulando seu afastamento do caso concreto *sub judice*. Invoca-se esse controle, portanto, em defesa de um direito, daí ser também chamado de controle concreto ou controle por via de defesa ou de exceção¹.

Controle concentrado, por sua vez, é o realizado por um órgão do Poder Judiciário, de regra denominado de Corte Constitucional. No Brasil, concentra-se a competência para realizá-lo no órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao qual incumbe a guarda da Constituição².

No Brasil há uma peculiaridade, porquanto se adotam o controle difuso e vários aspectos do controle concentrado da constitucionalidade das leis, seguindo-se tanto a inspiração advinda do direito norte-americano (controle difuso), quanto a do sistema continental europeu (controle concentrado).

¹ Observa-se, pois, que a inconstitucionalidade em sede de controle difuso constitui uma questão prejudicial a ser apreciada *incidenter tantum*, motivo por que o juiz realiza o controle nas razões de decidir, como fundamento para acolher ou rejeitar o pedido. Por isso, também, chama-se de controle incidente, pois não é objeto do pedido deduzido em juízo e sim, da causa de pedir.

² Em regra, é realizado por via de ação direta, em que a questão da inconstitucionalidade é o objeto da demanda, motivo pelo qual é denominado controle realizado *principaliter* e em abstrato, com o cotejo em tese da norma com o texto constitucional. Por outro lado, importa fazer a observação de que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de caráter residual, prevista na Lei 9.882/99, apresenta contornos próprios.

2 EXPOSIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA

No controle concentrado (abstrato), ao contrário do que acontece no controle difuso (concreto), há uma limitação no que concerne aos legitimados a discutir a constitucionalidade de leis ou atos normativos³. Sob esse aspecto, a Constituição da República de 1988 estabelece um rol taxativo que contém os legitimados para essa finalidade, o que não parece coadunar-se com o espírito democrático que deveria existir numa Constituição cidadã. Com efeito, quando a Constituição ou a lei restringem os legitimados ao discurso – limitação atinente ao exercício da cidadania –, tem-se exemplo irretorquível de ofensa à própria idéia de Democracia, porque se desconhece o povo como titular do poder (maior interessado, portanto, em discutir a compatibilidade da lei com os princípios constitucionais).

O fato é que a restrição ora atacada é invocada sob argumentos de natureza administrativo-funcional, ou seja, de que a ampliação de legitimados à ação direta de inconstitucionalidade revelar-se-ia imenso obstáculo à celeridade processual e à organização dos órgãos incumbidos do controle. Contudo, o que se vê é que esses argumentos de natureza administrativo-funcional acarretam a obliteração de direitos fundamentais, ficando o discurso de formação da democracia empobrecido, vez que alheio às inúmeras potencialidades do organismo social.

Outro ponto merecedor de destaque diz respeito à própria distinção funcional das espécies de controle. Em verdade, é sabido que, tradicionalmente, os controles de constitucionalidade concentrado e difuso clássico localizam a possibilidade de controle sob os órgãos que o exercem ou estão autorizados a exercê-lo. Não se focaliza, portanto, o interessado no provimento jurisdicional, ou seja, aquele que será afetado pela decisão encontra-se numa aresta longe das preocupações havidas no processo de discurso da jurisdição constitucional.

Diante destas primeiras observações, não é difícil identificar uma prática excludente que há tempos vem sendo exercida em quaisquer espécies de controles de constitucionalidades⁴.

³ Vide art. 103 da Constituição da República de 1988.

⁴ Convém recordar que, a bem da verdade, a figura do *amicus curie* prevista no § 1º do art. 9º da Lei nº 9868/99 minimiza a aura autoritária presente no controle concentrado.

Poder-se-ia contra-argumentar que, no tocante à legitimação, a prática excludente estaria arrefecida quando o ordenamento jurídico prevê o controle difuso. Todavia, urge salientar que, malgrado o efeito da decisão nessa espécie de controle deva atingir somente os participantes do debate (processo em questão), a própria Corte Constitucional (o Supremo Tribunal Federal-STF) vem destacando o que se convencionou chamar “efeitos transcendentais dos motivos determinantes” em sede de controle difuso de constitucionalidade, fenômeno que, em síntese, seria o poder que teriam os fundamentos da decisão do STF, mesmo quando do controle difuso, de atingir situações semelhantes àquela que fora julgada pela Corte Suprema, ainda que não tenham sido particularmente apreciadas pelo órgão de cúpula do Judiciário⁵. Em suma, seria – pasmem! – praticamente um efeito vinculante e eficácia *erga omnes* da decisão do STF em sede também de controle difuso de constitucionalidade.

Explicando-se com clareza, referida teoria dos “efeitos transcendentais dos motivos determinantes” da sentença no controle difuso, numa análise crítica, proporciona nítida abstrativização do controle difuso. Deveras, após o julgamento dos casos “Mira Estrela”⁶ e “progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos”⁷, percebe-se o surgimento de uma nova interpretação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Ou seja, nos dois casos citados retro, as decisões do STF projetaram-se *inter* e *ultra partes*, fora dos processos nos quais foram proferidas.

Ademais, convém ressaltar que os demais órgãos do Judiciário vêm adotando a teoria esposada pelo STF, como se verifica na interessantíssima análise do Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre

⁵ Exemplo recente do efeito transcendente é visto com a decisão de eficácia *inter partes* tomada acerca da inconstitucionalidade do dispositivo da lei de crimes hediondos que proíbe a progressão de regime prisional.

⁶ STF – RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno; DJ 07.05.2004, p. 08.

⁷ STF – HC 82959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006 (informativo nº 418/STF).

os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: ‘Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/2005 ...). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (...). No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição⁸.

Neste contexto, a doutrina afirma ser

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-se dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica ‘reforma da Constituição sem expressa modificação do texto’. (MENDES, 2004, p. 162).

⁸ STJ – RESP 828106/SP – Rel. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 02.05.2006, DJ 15.05.2006, p. 186.

Os principais argumentos a justificar a teoria, segundo a doutrina (LENZA, 2007, p. 184), são os seguintes: a) força normativa da Constituição; b) princípios da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários; c) o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo; d) dimensão política das decisões do STF.

Por essas justificativas, o Ministro Gilmar Mendes, no caso da redução do número de vereadores – “Mira Estrela” – ressaltou a aplicabilidade, ao próprio Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria *ratio decidendi* que motivou o julgamento do precedente mencionado.

Observa-se, pois, que o art. 52, X, da Constituição de 1988, vem sendo sepultado, porquanto o controle difuso de constitucionalidade vem se aproximando do concentrado com a utilização da famigerada teoria dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes (ou subjacentes) da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento Plenário em sede de controle difuso.

Deveras, o STF vem reputando ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que se publique a decisão no Diário do Congresso.

Enfim, vem ocorrendo a abstrativização do controle concreto (ou difuso) de constitucionalidade.

Ainda que não se trabalhe com a teoria dos “efeitos transcendentais” aqui analisada, o fato é que os tribunais e juízes, dificilmente, decidem num sentido contrário às decisões já proferidas pelo STF, como se estas tivessem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, e tal prática, inquestionavelmente, desconhece as inúmeras potencialidades e possibilidades da vida.

Enfim, tanto o controle abstrato quanto o reformulado controle concreto – da forma como vêm sendo trabalhados e observados pelos órgãos do Judiciário – desconhecem a alteridade como requisito inafastável para construção do próprio Direito.

Dando continuidade a essas observações, impende destacar que, no Brasil, outro inquestionável exemplo de ocultação de prática autoritária e excludente é visto quando se permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar

a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, para que se garanta segurança jurídica ou diante de excepcional interesse social⁹.

Não menos estarrecedora é a determinação, como se abordou, de que as decisões de mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade possuirão efeitos *erga omnes* e vinculante a terceiros, embora não participantes da arena de debates, ou seja, ainda que não habilitados a participarem “do jogo”. Esta afetação de terceiros (partes ou não do processo) pela decisão resultante do controle concentrado de constitucionalidade é denominada por Tribe (apud CHAI, 2006, p. 6) como “curvatura de atuação das decisões legais”.

Como já fora abordado em momento anterior, o rol de legitimados à propositura das ações de controle abstrato é restrito. Todavia, estendem-se os efeitos da decisão a terceiros que não exteriorizaram – nem tiveram oportunidade para tanto – suas pretensões e razões. Trata-se, à evidência, de prática pouco democrática que olvida o pluralismo político como fundamento da República Federativa do Brasil.

Agora, importa fazermos a seguinte indagação: qual a razão de fundo para a distinção ontológica entre os dois controles? E mais. Será que essa distinção, ao invés de garantir a supremacia da Constituição com se propõe, não acaba por fragilizar o sentimento de pertencimento constitucional que deveria impregnar os jurisdicionados? Será que, ao se distinguirem as formas de controle e imporem-se restrições à legitimidade e ao interesse processual, não se estará minando o processo de construção da identidade constitucional?

⁹ Cf. Lei ordinária federal nº 9868/99, que em seu art. 27 assim dispõe: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Semelhante redação é vista no artigo 11 da lei nº 9882/99 que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental: “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

A bem da verdade, ao se desconsiderarem todas as potencialidades da vida sob o argumento da segurança jurídica e do risco, a estrutura discursiva institucionalizada, em sede de controle de constitucionalidade, despreza a alteridade essencial à retroalimentação do próprio Direito, relegando o ser humano ao papel apenas de objeto do Direito e não de sujeito.

Esquece-se, assim, que a manutenção da heterogeneidade depende da presença de procedimentos abertos de modo universalista para as diferenças. Ou seja, a continuidade da esfera pública pluralista só está garantida se os procedimentos constitucionais possibilitam o influxo equitativo de valores, expectativas e interesses os mais heterogêneos que emergem, com a pretensão de generalização jurídica e política, a partir do mundo, da vida e dos subsistemas da sociedade, em diversas formas discursivas. (NEVES, 2001, p. 150).

A conclusão primeira que se extrai desse pensamento é que o consenso procedimental é pressuposto imprescindível. Logo, pode-se concluir que a própria distinção funcional entre as espécies de controle de constitucionalidade e as limitações atinentes à legitimidade ativa, as quais são questionadas neste trabalho, são realidades suficientes à fragilização do Estado democrático de direito, haja vista que,

se os próprios procedimentos pluralistas constitucionalmente estabelecidos são questionados de maneira generalizada, faltam as condições de permanência de uma esfera pública pluralista e, por conseguinte, de realização do Estado democrático de direito. (NEVES, 2001, p. 150).

Também, impera assentar que os apontados efeitos *erga omnes* e vinculante emanados das decisões em sede de controle concentrado revelam verdadeira obliteração dos consagrados princípios do contraditório e da igualdade. Da mesma forma, ao invés de garantir segurança jurídica como se pretende, os referidos efeitos, ao fixar um lapso temporal para a validade do direito, acabam colocando em xeque esta mesma segurança na medida em que não se reconhece a própria validade das relações jurídicas já estáveis.

Por outro prisma, impende verificar que

O argumento contido no princípio da segurança jurídica pode, portanto, ser acessado para se alijar interessados no estabelecimento de um processo discursivo plural e democrático ao lhe emprestar a substância de princípio de preservação institucional visando a salvaguardar-lhe a ‘funcionalidade’, e localizando os afetados pela decisão/escolha ato administrativo na posição de observadores de primeira-ordem que jamais permanecem interagindo no jogo. (GÜNTHER apud CHAI, 2006, p. 29).

É da tradição republicana brasileira alijar do processo de formação do Direito a alteridade, pela via do controle normativo, subtraindo-se a capacidade de autonomia dos cidadãos. Para tanto, recorrente os argumentos já expendidos atinentes à organização administrativo-funcional e ao controle do risco, os quais camuflam verdadeiro protecionismo – o que se demonstra até um pouco sedutor.

Nesse protecionismo, a clássica (porém ultrapassada) dicotomia público e privado acaba propiciando a substituição representativa das pretensões dos cidadãos. Ou seja, prega-se um verdadeiro assistencialismo processual, em que os destinatários do “benefício” (a decisão judicial) são apenas objetos dos efeitos do processo, não se lhes permitindo, sob o argumento às vezes sedutor do assistencialismo, atuar como sujeitos de inúmeras pretensões, anseios, desejos e necessidades. Nesta seara, o Direito aprisiona ao invés de libertar. Realmente, não é raro que a atitude intervencionista do Estado social e democrático de direito – apesar de servir como “garantia de liberdade” – conduza à “privação de liberdade”.

A imposição de um sistema de controle concentrado, sob a justificativa de que o difuso ameaça a segurança jurídica, escancara um panorama completamente alheio a uma sociedade pluralista, uma vez que não há como atribuir legitimidade às decisões do controle concentrado uma vez que a seleção dos participantes do debate é pura conveniência. Igual raciocínio é realizado quanto ao controle difuso em face da recém-adotada teoria dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes da decisão em controle difuso. Revela-se inerente ao princípio democrático a possibilidade conferida a qualquer cidadão de adentrar na arena das discussões, ou seja,

de participar do jogo. Somente tendo participado do debate e, portanto, da criação da decisão (do direito) é que esta está legitimamente apta a gerar efeitos sobre o cidadão.

Por outro lado, a pressuposição de que toda a coletividade está representada pelo restrito rol de legitimados à ação de controle concentrado é incompatível com uma sociedade reconhecidamente plural. Neste sentido, urge asseverar que

Não há dúvidas de que esta pressuposição é **incompatível** com o fundamento de uma sociedade cuja identidade se funda na concepção democrática participativa, e mais, é **uma pressuposição inconsistente** da perspectiva da certeza da precariedade e da limitação humana de racionalidade. Ademais, é **uma pressuposição incoerente** porque ela impõe uma escolha da perspectiva parcial da universalidade de afetados, quanto ao interesse ou à pretensão a direito assumido, **ficando**, na dimensão das potencialidades da seleção institucionalizadas, **x-riscos**, **x-oportunidades** e **x-afetados excluídos do processo**, resultando em uma decisão desprovida de legitimidade, cujos efeitos democraticamente não se podem afirmar vinculantes. (CHAI, 2006, p. 32).

Com efeito, a esfera pública pode ser compreendida como campo de tensão entre mundo da vida e Constituição (aqui tratada enquanto acoplamento estrutural entre Direito e Política). E somente na medida em que se constroem procedimentos constitucionais para viabilização, intermediação e absorção do dissenso, a esfera pública pluralista pode emergir do mundo da vida em forma de interesses, valores e discursos que pretendem, por meio desses procedimentos, generalizar-se politicamente, isto é, como decisão coletivamente vinculante e/ou juridicamente, a saber, como norma jurídica vigente. (NEVES, 2001, p. 132).

Esse sistema esculpido no nosso ordenamento jurídico, indubitavelmente, frutifica um provimento que priva o cidadão de sua própria identidade constitucional, à medida que não o reconhece como sujeito de direitos e interesses, bem como olvida o elemento legitimidade como subjacente à tensa relação entre democracia e constituição.

O que se observa é a intromissão de sistemas outros que não pertinentes ao do direito, ou seja, a mistura do sistema do direito com outros sistemas sociais numa constante tensão entre: a regulamentação do potencial e do desconhecido, de um lado; certeza e segurança, de outro. Em suma, entre oportunidades e riscos.

Porém, torna-se imprescindível discutir-se se há critérios legítimos para a seleção dos riscos, ou das situações de risco e, sobretudo, quem ou qual órgão e sob quais condições discursivas podem os riscos ou situações-de-risco ser objeto do processo discursivo de controle normativo. (CHAI, 2006, p. 7).

As doutrinas do *mootness* e do *ripeness* estão relacionadas ao tempo e ao risco; a do *ripeness* relacionada ao aspecto da não-judicialização prematura da questão; a do *mootness* à sua não-apreciação tardia. No tocante ao tempo, diz-se que as citadas doutrinas estão relacionadas ao tempo porque acenam no sentido de que a jurisdição deve acontecer de modo a permitir uma intervenção eficaz; quanto ao risco, porque, conquanto o fato primário trazido a juízo já possa ter se manifestado, o risco subjacente ao caso capaz de se manifestar novamente impõe a incidência do controle normativo. Facilmente, observa-se que o risco é tido como argumento utilizado no exercício do provimento jurídico, seja judicial, seja legislativo.

De outro lado, pela experiência norte-americana, as doutrinas do *mootness* e do *ripeness*, operando enquanto exceções como um dever ao exercício da jurisdição constitucional, trazem respostas plausíveis e mais coerentes com uma sociedade democrática do que as formulações erigidas sobre uma distinção ontológica do controle concentrado de constitucionalidade entre concreto e abstrato. (CHAI, 2006, p. 8).

Esquece-se, igualmente, que o exercício da jurisdição constitucional é, simultaneamente, o espaço de debates e assentamentos de expectativas de direitos. Daí porque imprescindível que o Direito trabalhe com as conseqüências de riscos e os riscos em si, sem a pretensão de extingui-los.

Porém, verifica-se que

[...] nem sempre se enfrenta ou se problematiza diretamente essa crescente complexidade inerente à modernidade, ou seja, o risco de toda decisão e a incerteza quanto ao futuro em uma realidade em si mesma contingencial. Isso se deve ao fato de ser mais fácil acreditarmos numa falsa e pretensa segurança do que admitirmos uma ausência de parâmetros seguros para qualquer ação e, até mesmo, para o ato de pensar. Daí que conceitos artificiais, culturais, ainda não naturalizados e erigidos como possíveis *tábuas de salvação*, como uma tentativa de encontrarmos um *porto seguro* ou um trajeto correto para a angústia existencial que o excesso de significados e informações, oriundas da modernidade e de sua racionalidade técnica, fizeram aparecer. (PRATES, 2004, p. 519).

Não é compatível com a idéia de Estado democrático de direito a prevalência de uma utópica segurança em detrimento do princípio da participação popular (constituído a partir do binômio liberdade-igualdade). Nem mesmo a complexidade da sociedade hodierna pode fundamentar um processo discursivo excludente. Pelo contrário. É exatamente o pluralismo inerente a essa sociedade que exige a confecção de procedimento que permita o ingresso dos mais variados interesses na seara dos debates.

Nas condições presentes da sociedade mundial, só os princípios de uma moral do dissenso podem ter o caráter universalista e incluyente no sentido do acesso de toda e qualquer pessoa, independente de seus interesses, expectativas e valores, a procedimentos discursivamente abertos. (NEVES, 2001, p. 130).

Corroborando essa afirmação, imprescindível a constatação de que

Se se quer continuar a falar de uma fundamentação moral do Estado democrático de direito na sociedade moderna, em vez de recorrer-se a um modelo

consensualista do discurso que tem como padrão a discussão acadêmica, parece mais adequado afirmar que ele se justifica enquanto constrói procedimentos abertos à pluralidade ética e ao antagonismo dos interesses, como também à autonomia das diferentes esferas sociais, ao absorver e ao intermediar equitativamente o dissenso estrutural, sem a pretensão de eliminá-lo ou evitá-lo. (NEVES, 2001, p. 146).

A arena do dissenso é a esfera pública pluralista. O pluralismo significa que, em princípio, todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos. Daí a razão pela qual o Estado Democrático de Direito só se legitimar quando não privilegia ou não exclui valores e interesses de determinados grupos, associações ou indivíduos, nos procedimentos constitucionais.

Por outro lado, interessante é a constatação de que a estruturação da esfera pública é conquistada, em certa medida, justamente por procedimentos constitucionais que gerem a perspectiva de assentamento das expectativas. Em verdade, a esfera pública apresenta-se desestruturada em princípio. Em certa medida, ela só se torna estruturada quando os procedimentos constitucionais geram perspectivas de que as expectativas, valores, interesses e discursos que constituem a arena do dissenso sejam generalizados. Ou seja, os procedimentos constitucionais são os responsáveis por canalizar as expectativas, valores, interesses e discursos que constituem a arena do dissenso.

Para tanto, contudo, mister que tais procedimentos

[...] permaneçam abertos, universalista e pluralisticamente, para as diferentes exigências que, com a pretensão de generalizar-se político e juridicamente por meio de decisões coletivamente vinculante e normas jurídicas válidas, afluam na esfera pública. (NEVES, 2001, p. 135).

Assim, qualquer prática e organização orientada à destruição da esfera pública pluralista devem ser restringidas jurídica e politicamente, uma

vez que negam o dissenso estrutural do mundo da vida e a própria complexidade da sociedade, apontando para tendências simplificadoras, as quais, na origem, desrespeitam as diferenças e a autonomia das esferas plurais de comunicação.

O mesmo autor assegura o seguinte:

O Estado Democrático de direito legitima-se exatamente enquanto garante e promove o acesso equânime dos mais diferentes valores e interesses nos seus procedimentos jurídico-políticos. (NEVES, 2001, p. 144).

De fato, em vez de limitar a atividade participatória dos cidadãos para a função de legitimar periodicamente o exercício do poder do Estado, essa atividade deve ser permanente na esfera pública democrática e deveria ser vista como a fonte de todos os processos políticos de tomada de decisão¹⁰.

A Constituição, diferentemente do que é proclamado aos quatro cantos, não pode ser vista como “fundamento do consenso”, mas sim como “fundamento consentido do dissenso”. Com razão, a própria evolução do direito estaria comprometida, caso se entendesse a Constituição como fundamento do consenso, porquanto a inserção de novos atores, interesses e expectativas estaria desconsiderada, ou seja, não haveria a retroalimentação do direito.

O Estado democrático de direito, ao pressupor reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito jurídico-político da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso contudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o

¹⁰ Neste contexto, imprescindível que se faça a diferença entre o republicanismo e o procedimentalismo como modelos normativos de democracia com vistas à formação da vontade. No republicanismo, a esfera pública democrática é considerada um meio para a realização do autogoverno de uma comunidade política; no procedimentalismo, a esfera pública é entendida como procedimento pelo qual a sociedade tenta resolver problemas políticos racionalmente de uma maneira legítima.

respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação. (NEVES, 2001, p. 154).

A democracia, enquanto regime de governo em que todos os sonhos, anseios e angústias devem ser considerados na formulação de decisões políticas, deve por isso pressupor um controle normativo em que a legitimidade não seja restringida sob argumentos de natureza administrativo-funcional e no qual os mecanismos de preservação da participação político-social estejam assegurados, mesmo diante de decisões majoritárias, a preservar o pluralismo.

A democracia deve ser entendida enquanto um governo de iguais,

[...] onde a cada indivíduo deva ser assegurado um papel que lho permita contribuir na essência das decisões políticas, e no qual a importância desse papel não seja estruturalmente determinada ou limitada em razão de seu valor, talento ou capacitação, na perspectiva de um regime constitucional. Pois, do contrário, nega-se a constituição nesse recorte e, além de fazer inserir no sistema do direito elementos políticos não apenas no processo legislativo, impõe-se, por práticas liberais excludentes, uma validade ilegítima de um texto normativo, da expectativa abstrata e geral, aos casos concretos. (CHAI, 2006, p. 41).

3 OBSERVAÇÕES FINAIS

O atual regramento dos instrumentos de controle de constitucionalidade de leis e/ou atos normativos expostos na legislação brasileira, ao desconhecem a alteridade e colocar óbices à atuação participativa dos inúmeros atores (sujeitos destinatários das normas), impede a formação de uma identidade constitucional fulcrada nos princípios. Mais que isso, revela-se autoritário, excludente e, *ipso facto*, discriminante.

Como se viu, a sistemática do controle abstrato de constitucionalidade impõe restrições quanto à legitimação ao discurso, além de garantir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* à decisão do STF que

reconhece a inconstitucionalidade. Ou seja, terceiros que não participaram do discurso são alcançados pela decisão.

Ademais, ao se permitir a modulação dos efeitos da decisão em sede de controle abstrato, o ordenamento jurídico pátrio oblitera os consagrados princípios do contraditório e da igualdade, além de, ao fixar um lapso temporal para a validade do direito, colocar em xeque a segurança jurídica pretendida na medida em que não reconhece a própria validade das relações jurídicas já estáveis.

Por outro lado, em que pese haja abertura imensa aos legitimados ao controle concreto, tem-se verificado a abstrativização desta modalidade de controle, em virtude da adoção do fenômeno dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes da decisão, o que nos permite concluir que nesta modalidade de controle há o mesmo problema de desrespeito à alteridade existente no controle abstrato, com conseqüente desconhecimento do contraditório e da igualdade, porquanto se vem atribuindo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a essas decisões, ainda que em controle concreto.

Uma Constituição que permita um regramento desses não tem compromisso algum com a democracia, tampouco tem o pluralismo político e a cidadania como um de seus fundamentos.

Se a liberdade e a igualdade são garantidas como direitos fundamentais inalienáveis, deve-se dar concretude a esses direitos, visualizando-os como princípios-primários de onde emerge o dissenso, ou seja, a todos (igualdade) deve-se permitir o ingresso (liberdade) na seara dos debates, na arena do discurso.

O respeito às diferenças é o acorde fundamental da harmonia democrática e ambiente propício para a reconstrução e alimentação do próprio Direito, motivo por que a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade não pode ser vista como sinônimo de progresso ou de civilização, mas, sim, como mais um expediente assistencialista do Estado a serviço de exigências de poderes internacionais a quem não interessa o ingresso de elementos outros no bojo do discurso de construção do Direito.

Tais forças alienígenas têm, sim, o sedutor interesse na celeridade dos processos de discussão das normas jurídicas e, para tanto, impregnam os discursos de persuasão de justificativas que vão além da celeridade, passando pela questão da organização político-administrativa.

Enfim, com vistas à celeridade e à organização político-administrativa, reforça-se o espírito neoliberal, à medida que o Estado é constantemente diminuído, agora sob o aspecto da arena dos debates, ou seja, ao invés de permitir-se o maior número de atores na cena da construção do Direito, limita-se esta participação, deixando-se o discurso de construção empobrecido.

REFERÊNCIAS

CHAI, Cássius Guimarães. **Análise das doutrinas do “mootness” e do “ripeness” no direito norte-americano e as nocividades para uma democracia entre livres e iguais decorrentes da distinção ontológica entre um controle concreto e abstrato de constitucionalidade. Uma contribuição para o processo discursivo da jurisdição constitucional brasileira: tempo e risco como elementos concretos do controle normativo.** 2006. 42f. Extrato da Tese (Doutorado em Direito) -Programa de Pós-Graduação em Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Método, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir de além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 519-587.

POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DO NÃO DIREITO AO DIREITO NEGADO

*Cláudia Maria da Costa Gonçalves**

Resumo: Assistência jurídica na Constituição Federal de 1988. Analisa-se o papel regulador do Direito na percepção iluminista. Discute-se a assistência social enquanto direito negado no interior dos Estados liberais burgueses. Estuda-se as políticas sociais e o biopoder de acordo com a visão de Foucault. Analisa-se ainda a assistência social como direito consagrado na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988. Direitos Fundamentais. Assistência social.

1 INTRODUÇÃO

As Declarações de Direitos, consolidadas com a institucionalização jurídico-política dos Estados liberais burgueses, cuidavam de proclamar liberdades individuais atreladas ao funcionamento dos mercados a partir da autonomia das vontades. Reiteravam, bem por isso, uma fruição visivelmente meritocrática de direitos. Nesse contexto, havia, portanto, uma patente demarcação: direitos para poucos; socorro público e caridade privada para muitos.

* Procuradora do Estado do Maranhão. Prof^a. Adjunta de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Departamento de Direito-UFMA e de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas-Mestrado e Doutorado-UFMA. Doutora em Políticas Públicas-UFMA. Em seus estudos de doutorado, participou de intercâmbios com a Faculdade de Direito de Lisboa e com a Faculdade de Direito da UFPR. Autora de artigos científicos em revistas especializadas e dos livros: *Assistência Jurídica Pública, Direitos Humanos e Políticas Sociais* (Juruá, 2002); *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente* (Juruá, 2006). claudiacg@uol.com.br

A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais. (SANTOS, 1996, p. 165).

O que se deseja, entretanto, discutir neste breve estudo é a transposição da assistência social do campo da filantropia doméstica para o espaço público dos direitos. Desse modo, precisa-se polemizar a própria assistência, para que as inovações normativas trazidas e possibilitadas pela Constituição de 1988 não transformem o não direito em direito negado. Perceber, portanto, a assistência social como direito à satisfação das necessidades humanas básicas é atribuir ao próprio Direito um papel não apenas regulador, mas, sobretudo, transformador, não obstante as imensas e históricas dificuldades desse processo.

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. (GORDILLO, 1977, p. 74).

Assim, discutir a assistência social como direito, no interior da Constituição de 1988, é o que se pretende analisar.

2 O DIREITO NA VISÃO ILUMINISTA

A passagem para o Estado liberal instituiu definitivamente a lei como fonte majoritária do Direito¹, dissolvendo as ordens jurídicas paralelas

¹ “Em primeiro lugar, a lei era, dentro do ‘direito oficial’, uma fonte minoritária. O ‘direito oficial’ – i.e., aplicado pelos tribunais centrais ou pelos (poucos) tribunais ‘oficiais’ periféricos – era esmagadoramente, de natureza doutrinal [...]”. (HESPANHA, 1999, p. 13).

e periféricas que, a partir de então, foram substituídas por mecanismos disciplinares oficiais.

[...] a lei escrita constituía um instrumento adequado de comunicação dentro de um universo liberal, pois os extratos analfabetos estavam dele destituídos pelos mecanismos discriminadores do sufrágio. Ao amparar-se exclusivamente na disciplina “legal”, o Estado liberal curto-circuitava a comunicação jurídica com o mundo iletrado e tradicional; mas, ao fazê-lo, apenas confirmava um modelo de organização política já definida pelos sistemas de sufrágio e de participação. O Estado liberal era, diretamente, a estrutura de enquadramento de uma minoria (os “sujeitos políticos”), abandonando o controle da “periferia” (os “objetos políticos”), a mecanismos informais como o “anarquismo”. (HESPANHA, 1999, p. 18).

A concepção unilateral e centralizada de poder reiterada pelo liberalismo assentou equivocada e renovadamente a idéia do Estado como *unidade predominante de sobrevivência*² e o Direito positivo com seu instrumento de força e disciplina.

Assim, o pensamento político que ancorou a construção teórica dos Estados liberais burgueses, durante os séculos XVIII (final) e XIX, pensou o poder como “*taken for granted*” (BOURDIEU, 2001), deixando de percebê-lo também como um conjunto de relações que circula por toda sociedade. (FOUCAULT, 1997, p. 34).

[...] *falamos freqüentemente do poder como se todos os fenômenos que o envolvem fossem de alguma forma redutíveis a um centro comum, a alguma essência interna. Isso traz à mente imagens monstruosas de poder, o Leviatã de Hobbes ou o Minotauro de Bertrand de Fouvenel, mas nos afasta de especificar os diferentes tipos de poder implicados em tipos diversos de relações.* (WOLF, 2003, p. 325, grifo nosso).

² A expressão *unidade predominante de sobrevivência* é usada por Elias (1994, p. 189).

Por conseguinte, ao negar a diversidade histórica, o Direito liberal foi marcado por uma severa abstração que, homogeneizando o todo, deixou de perceber as múltiplas dimensões e carecimentos das sociedades e dos indivíduos³.

Daí a metáfora do corpo jurídico tão reivindicada pelo liberalismo econômico.

[...] mas *corpus* é o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição deste ‘*corpus*’: habeas corpus ad subjiciendum, deverás ter um corpo para mostrar [...] a nascente democracia européia colocava no centro de sua luta contra o absolutismo, não bíos, a vida qualificada do cidadão, mas zoé, a vida nua em seu anonimato [...]

Se é verdade que a lei necessita, para sua vigência, de um corpo, se é possível falar, nesse sentido, do “desejo da lei de ter um corpo”, a democracia responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo [...]

A grande metáfora do Leviatã, cujo corpo é formado por todos os corpos dos indivíduos, deve ser lida sob esta luz. São os corpos absolutamente mutáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente. (AGAMBEN, 2002, p. 130, grifo do autor).

3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL NOS ESTADOS LIBERAIS BURGUESES

As Revoluções liberais do final do século XVIII assentaram-se em grande medida nos postulados teóricos dos contratualistas clássicos, sobretudo Locke e Rousseau. O primeiro, contudo, defendia a existência de um Estado de poderes limitados, inteiramente direcionado à proteção da

³ “Não há identidade-eu sem identidade-nós. Tudo o que varia é a ponderação dos termos na balança eu-nós, o padrão da relação eu-nós. Talvez seja útil acrescentar que o conceito de identidade humana está relacionado com um processo”. (ELIAS, 1994, p. 152).

propriedade privada. Tratava-se, por conseguinte, de um Estado de proprietários.

O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade, para esse objetivo muitas condições faltam no estado de natureza: Primeiro, falta uma lei estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita, mediante consentimento comum, como padrão do justo e injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens; [...]

Em segundo lugar, no estado de natureza falta um juiz conhecido e indiferente [...]

Em terceiro lugar, no estado de natureza falta muitas vezes poder que apoie e sustente a sentença quando justa, dando-lhe a devida execução [...]

Assim os homens, apesar de todos os privilégios do estado de natureza, mantendo-se em más condições enquanto nele permanecem, são rapidamente levados à sociedade. (LOCKE, 1973, p. 88-89).

Já Rousseau defendia a tese segundo a qual a lei seria capaz de restabelecer a igualdade perdida com a instituição da sociedade civil⁴.

o pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer por desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornariam iguais por convenção e direito. (ROUSSEAU, 1973, p. 45).

Em todas as concepções contratualistas percebe-se, portanto, um misto de inclusão/exclusão, o que vale dizer de direitos para alguns e não

⁴ “A posição de Rousseau é um pouco mais complexa, porque sua concepção do desenvolvimento histórico da humanidade — não é diática — estado de natureza ou estado civil — [...] mas triádica estado de natureza, sociedade civil, república (fundada no contrato social) —, onde o negativo que é o segundo, aparece colocado entre os dois momentos positivos”. (BOBBIO; BOVERO, 1991, p. 55).

direito para muitos. Agregue-se também que o Direito, sobretudo regulador dos Estados e das constituições oitocentistas, perdia qualquer possibilidade transformadora, haja vista seu caráter inteiramente abstrato e homogeneizador de sociedades já alcançadas por severas questões, advindas da formação industrial e do processo de urbanização.

No plano jurídico, por sua vez, tal crise tem revelado a progressiva perda da funcionalidade da própria idéia de Estado de Direito. Pois, dada a enorme abstração exigida pela complexidade da sociedade de classes, esse conceito vai deixando de servir como critério para o exame da atuação concreta do Estado. **Perdendo sua força retórica de universalizar o contingente e neutralizar as múltiplas valorações dos grupos e classes em conflito [...]** (FARIA, 1983, p. 47-48, grifo nosso).

Nesse contexto obviamente, a assistência social era marcada como favor precário e excepcionalmente prestado a todos aqueles que ficassem à margem do sistema produtivo. Aos não funcionais ao mercado restava, assim, a caridade pública:

Os indigentes formavam um grupo à parte de cidadãos de segunda classe privados dos direitos mais importantes da cidadania. O funcionário mais graduado da divisão da Lei dos Pobres do Conselho Governamental Local, depondo perante a Comissão Real de 1905-1909, afirmou que o status da indigência implicava 'primeiro, a perda da reputação pessoal (que é entendida como estigma da indigência); segundo, a perda da liberdade pessoal que é assegurada pela detenção no asilo; e, terceiro, a perda da liberdade pessoal pela cassação do direito de voto'. O indigente, acrescentou, tem, na prática um direito à Assistência, mas 'seu direito não é um direito completo, pois [...] ele não pode mover uma ação para assegurar sua assistência [...]' (MARSHALL, 1967, p. 20).

Desse modo, em que pese a relevância dos direitos de liberdade⁵, não se pode negar a sua insuficiência frente às agudas questões que marcavam a exclusão social.

Pouco antes, Adam Smith (1776) publicara a *Riqueza das Nações* no qual defendia o *laissez-faire* e onde afirmava que os capazes, os inteligentes é que prosperariam num regime de concorrência [...]. O indivíduo era julgado culpado de sua situação, legitimando-se essa ideologia por critérios morais, de uma moral natural. Como se o fato de existir pobres e ricos fosse um fenômeno natural e não resultado do tipo de produção existente. (FALEIROS, 1991. p. 11).

Por outro lado, o assistencialismo, que expressava o não-direito, agredia em igual medida a própria dignidade humana, isto porque

Neste contexto, e qualquer que seja a formulação e justificação teórica e econômica das desigualdades, parece indiscutível que um Estado de justiça tem de encarar a exclusão social como um déficit humano que corrói o próprio Estado de justiça. A marginalização social cria marginalidades no direito: defende melhor os seus direitos quem tiver possibilidades materiais. A exclusão social é também exclusão do direito e um Estado de direito que se pretenda um Estado de justiça tem de ser algo mais do que um Estado que encarcera os excluídos “fazendo justiça” ou um Estado que exclui os excluídos da justiça (os estrangeiros, as comunidades migrantes). (CANOTILHO, 1999, p. 43).

⁵ “Para os militantes que o percorrem – freqüentemente designados e às vezes mesmo auto-designados como Nova Esquerda – o socialismo [...] já não poderia ser construído com o sacrifício da democracia; a preocupação com o coletivo já não se confunde com o ‘coletivismo’ stalinista, maoísta ou mesmo guevarista, e o seu compromisso com os chamados direitos sócio-econômicos ocorre junto com um não menos sincero compromisso com as chamadas liberdades individuais – aquilo que a antiga cultura revolucionária dos anos 60 chamava de ‘liberdades burguesas’”. (OLIVEIRA, 1992, p. 2-3).

4 BIOPODER E POLÍTICAS SOCIAIS

No campo do biopoder, Foucault (2005), ao lado dos instrumentos reguladores — que serão adiante suscitados — destaca os múltiplos mecanismos de disciplina sobre o corpo, como a vigilância e o treinamento. As instâncias privadas de adestramento dos corpos para torná-los “úteis” e “dóceis”, são assim, expressões do poder que circula.

[...] acomodação de poder sobre o corpo individual, com vigilância e treinamento — isso foi a disciplina. É claro, essa acomodação foi mais fácil, mais cômoda de realizar. É por isso que ela se realizou mais cedo — já no século XVII, início do século XVIII — em nível local, em formas intuitivas, empíricas, fracionadas, e no âmbito limitado de instituições como a escola, o hospital, o quartel, a oficina, etc. (FOUCAULT, 2005, p. 298).

Ainda sobre as técnicas disciplinares que chamou anátomo-políticas do corpo humano, Foucault (2006, p. 155), em outra obra, também sustenta:

Mas, o capitalismo exigiu mais do que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto do seu esforço quanto de sua utilizabilidade e sua docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isto torná-las mais difíceis de sujeitá-los [...] inventados no século XVIII como técnicas de poder presentes em todos os níveis de corpo social e utilizadas por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e os sustentam [...].

Por tudo isso, reitera o pensamento foucaultiano que o poder não está somente no Estado, mas manifesta-se também nas instituições da sociedade civil. O poder, portanto, circula.

Assim, como dito, Foucault (2005, p. 287) trabalha com a concepção de biopolítica, destacando suas dimensões enquanto poder, que nos Estados e nas sociedades contemporâneas é também exercido predominantemente sobre a vida.

E eu creio que, justamente uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que vai penetrá-lo, modificá-lo e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso; poder fazer viver e deixar morrer.

Ou seja: nos Estados absolutistas, o poder soberano era exercido como a possibilidade de impor a morte como castigo em face das desobediências dos que refutassem o poder real; na expressão foucaultiana era o poder de fazer morrer e deixar viver. Os cuidados com a vida sobreexcediam, assim, as atribuições do Estado, para se alojarem nas famílias.

Ocorre, contudo que, em especial, a partir da segunda metade do século XX⁶, as intervenções dos Estados nas questões sociais através das políticas públicas configuram jurídica e politicamente a dimensão reguladora sobre as populações. Sem que tenha sido desprezada a disciplina sobre o corpo, a regulamentação também se impôs como componente do biopoder, sendo dela exemplos:

Os Sistemas de seguro-saúde ou seguro-velhice; regras de higiene que garantem a longevidade ótima da população; pressões que a própria organização da cidade exerce sobre a sociedade, portanto, sobre a procriação; as pressões que se exercem sobre a higiene das famílias; os cuidados dispensados às crianças; a escolaridade, etc. (FOUCAULT, 2005, p. 300).

⁶ Foucault (2005, p. 291) percebe o início da sociedade de regulamentação do início do século XIX, com o advento da industrialização.

Não se nega, aqui, a importância do cuidado com a vida, ou melhor com as vidas em suas múltiplas formas de expressão. Entretanto, deseja-se questionar os propósitos inteiramente fraternos e libertadores do *welfare state*, ou seja: os Estados-Providência representam não propriamente um pacto de todos⁷ em favor da humanidade, mas uma mutação política imposta pelo próprio capitalismo⁸.

Há no capitalismo uma tendência de adicionar perpetuamente axiomas. No fim da guerra de 1914-18, a influência conjugada da crise mundial e da revolução russa forçaram o capitalismo a multiplicar os axiomas, a inventar novas, no que concerne à classe trabalhadora, ao emprego, à organização sindical, às instituições sociais, ao papel do Estado, ao mercado externo e ao mercado interno. A economia de Keynes e o New Deal foram laboratórios de axiomas. (DELEUZE; GUATTARI, 2002, p. 163).

Assim, quando se deseja estudar a assistência social às famílias nas Constituições brasileiras, pensa-se que seja inteiramente pertinente o paradigma da biopolítica, já que os programas sociais levados a efeito pelo *welfare state* têm sido uma das manifestações do poder exercido sobre as

⁷ Em Offe, o *welfare state* representou: “Essa aliança inter-classes de crescimento-segurança tem de fato uma base teórica na teoria econômica de Keynes. Aplicada à formulação prática da política econômica, ela ensina cada classe a ‘assumir o papel da outra! A economia capitalista, e esta é a lição a ser aprendida com o keynesianismo, é um jogo de soma positiva [...]. Isto quer dizer que cada classe tem que levar em consideração os interesses da outra classe: os operários a lucratividade, porque somente um nível de lucro e de investimento razoável garantirá o emprego [...] e os capitalistas, os salários e as despesas do Welfare State, porque são eles que garantirão uma demanda efetiva e uma classe operária saudável [...]” (OFFE, 1984. p. 373-374).

⁸ Keynes (1984, p. 55) defendia a reforma do capitalismo para sua própria manutenção: “Nem sempre os homens morrerão em silêncio. Isto porque, se a fome leva alguns à letargia e ao desânimo irremediável, ela conduz outros temperamentos à nervosa instabilidade da histeria e a um louco desespero. Em seu sofrimento, estes podem derrubar o que resta de organização, e afogar a civilização em suas desesperadas tentativas de satisfazer as prementes necessidades individuais. Este é o perigo contra o qual todos nossos recursos, coragem, idealismo devem cooperar”.

vidas; poder esse que cataloga, identifica, concede, em se tratando da assistência às famílias pobres, o mínimo de provisão em troca do máximo de prontidão⁹.

Por outro lado, as políticas de assistência social ainda estão ancoradas no velho modelo político descrito por Agamben (2002), portanto, tais ações tendem a se prender a questões meramente residuais de consumo/mercado, deixando de lado toda multiplicidade cultural e social que podem envolver – e que de fato envolvem – as famílias.

Nesse sentido, se se trata de assistência social no interior dos Estados capitalistas, o que se considera é sobretudo a pobreza e não as próprias noções de famílias, que então passam a ser encaradas como vidas anônimas (Zoé)¹⁰.

5 FLORES DE AREIA: A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A assistência social na Constituição vigente, todavia, ultrapassa o padrão normativo exclusivamente residual que até então caracterizava os serviços de socorro público. O direito à assistência, por conseguinte, assenta-se, agora, no próprio princípio da dignidade humana, haja vista que

⁹ “[...] veremos que com um mínimo de provisão social espera-se, quase sempre, que os beneficiários dessa provisão dêem o melhor de si e cumpram exemplarmente seus deveres, obrigações e responsabilidades. Em nenhum momento os defensores da provisão mínima admitem cumprimentos mínimos de compromisso ou obrigações sociais, equivalentes à proteção efetivamente prestada, pois isso configuraria uma atitude moralmente condenável. Dos pobres, portanto, exige-se sistematicamente o máximo de trabalho, de força de vontade, de eficiência, de prontidão laboral e de conduta exemplar, até quando não contam com o tal mínimo de provisão como direito devido; e qualquer deslize cometido por eles lhes será fatal, sob todos os aspectos. É que, diferentemente do rico, o pobre tem que “andar na linha” e aceitar qualquer oferta de serviço e remuneração, pois a sua condição de pobreza continua sendo vista como um problema moral e individual e, conseqüentemente, como um sinal de fraqueza pessoal que deverá ser condenada”. (PEREIRA, 2000, p. 34).

¹⁰ Sobre o paradigma *vidas anônimas*, cf. AGAMBEN (2002).

Em primeiro lugar a dignidade da pessoa é da pessoa concreta na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. (MIRANDA, 2000, p. 184).

Da leitura do texto constitucional infere-se, assim, que o direito à assistência não pode ser confundido com favor ou filantropia desprovida de conteúdo jurídico. Ou seja: a assistência é um direito fundamental que decorre da dignidade humana.

[..] O dispositivo que reconheceu e determinou a proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso I, da LF) não obriga apenas como direito de defesa contra o Estado (Abwehrrecht), impondo aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que respeitem esse valor supremo da Constituição, mas também vincula positivamente os órgãos estatais no sentido de que assegurem a cada pessoa uma vida humanamente digna. (SCHULTE, 2003, p. 307).

Por outro lado, entende-se equivocada a idéia segundo a qual a assistência tende a acomodar os seus beneficiários, pois, na Constituição Federal, tais serviços devem visar também à integração ao mercado de trabalho, à habitação e à reabilitação das pessoas portadoras de deficiência (art. 2003, III, IV). Não há de se falar de favor nesses comandos normativos, apenas o reconhecimento de direitos. Aliás, reconhecimento de direitos também se vislumbra no pagamento do salário–assistência aos idosos e aos portadores de deficiência que não possam prover seu sustento ou de tê-lo provido por suas famílias. Direitos, aliás, que, como dito, decorrem da dignidade humana.

Neste trabalho, é oportuno lembrar, não se fazem avaliações de programas de assistência social, mas sim, do contorno jurídico imposto pela Constituição aos referidos programas. Logo, se suas ações e serviços têm sido insuficientes para a conquista do direito ao trabalho, o óbice não decorre

da normatização constitucional, já que esta atrela a assistência ao conjunto dos direitos fundamentais e, portanto, aos direitos de liberdade. Feita esta advertência percebe-se, portanto, que a assistência social, na Carta de 1988, vincula-se à prestação de serviços, no interior de programas que garantam, ainda que a longo prazo, a própria autonomia dos seus beneficiários. Tem-se aí uma conexão entre liberdades e direitos sociais, evidenciando que

[...] la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos (a este tipo de la sociedad cuya ley, a tenor de la consabida imagen sarcástica de Anatole France, prohíbe a los ricos como a los pobres mendigar, robar pan o dormir bajo los puentes); mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual submisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder [...]. (PERES LUÑO, 1984, p. 215).

Reitere-se assim: a inserção da assistência social no interior de uma constituição democrática não pode representar a transposição da caridade privada para uma filantropia estatal, prestada de forma descomprometida com a autonomia de seus beneficiários e, bem por isso, com a essência dos direitos fundamentais.

Acrescente-se ainda que, conforme já se defendeu, a Constituição vigente, no que tange aos direitos fundamentais sociais, assentou-se no paradigma das necessidades básicas. À época, dizia-se:

[...] Por essa forma, as necessidades humanas básicas agregam por igual as liberdades e os direitos fundamentais sociais. Ou seja, os últimos deixam de ser percebidos exclusivamente como condições para o exercício das liberdades, adquirindo importância própria, rompendo, assim, a prevalência histórica atribuída aos direitos individuais.

A tese, afinal, que se quer defender é da seguinte ordem: muito embora certos direitos fundamentais sociais não se constituam enquanto direitos subjetivos individuais,

judicializados apenas através da dicção constitucional, tais direitos integram, todavia, a dimensão objetiva da Carta de 1988 e [...] são dotados de normatividade e de eficácia jurídica. E mais. O paradigma das necessidades humanas básicas democratiza e alarga o próprio conceito de autonomia, retirando-lhe o véu do individualismo liberal, que, por muitos anos, foi sua característica. Cuida-se, assim, de reconhecer a autonomia enquanto instrumento de diálogo e de luta política entre homens e mulheres portadoras de deveres, mas também de direitos diante do Estado e da sociedade civil. Autonomia, em uma sociedade democrática e pluralista, não significa que alguns tenham direito ao mínimo, mas que, pelo menos a médio e longo prazos, todos tenham, no mínimo, direito ao básico. (GONÇALVES, 2006, p. 186).

Reitera-se a posição adotada. Desse modo, confirma-se que a assistência social, na Constituição de 1988, deve visar não apenas à compensação da pobreza, mas sobretudo a uma mais justa redistribuição de riquezas.

É importante frisar, contudo, que as políticas públicas de assistência social às famílias, consubstanciadas por ações e serviços independentemente de contribuições, encontram-se amparadas, na Constituição Federal de 1988, por princípios mais comprometidos com a dignidade humana, tais como autonomia e pluralismo (art. 1º, V, da CF/88). Entretanto, a emperrar a dicção constitucional, têm-se a considerar:

1. As questões sociais, firmadas em padrões mais universalistas, são inseridas em uma Constituição cuja ordem econômica capitalista é retificada em padrões pouco atrelados à redistribuição de riquezas, tornando, por conseguinte, cada vez mais difícil o cumprimento das promessas de justiça social, sobretudo quando se pensa no imenso poder dos sistemas financeiros nacional e internacional.

A necessidade de pensar a possibilidade de um Estado promotor de desenvolvimento e da inclusão social no

Brasil, mesmo sob as condições desfavoráveis do estado de exceção econômico é ainda mais fundamental. (BERCOVICI, 2004, p. 180).

2. Não se pode esquecer ainda que a política de assistência às famílias pobres trazem consigo as vicissitudes e mesmo as impossibilidades típicas das técnicas de regulação integrantes do exercício do biopoder, conforme já discutido neste estudo.

Entretanto, a Constituição de 1988 não contemplou apenas um padrão meramente residual e compensatório de pobreza ao cuidar da assistência social; se assim fosse ter-se-ia uma Constituição típica do liberalismo econômico. Pensa-se mesmo que, ao contemplar as necessidades humanas básicas – dentre as quais a própria autonomia –, a Carta de 1988 faz prevalecer uma assistência social mais pluralista e comprometida com a redistribuição de riquezas (v.g., art. 170, VII, da CF/88). Ocorre, contudo, que tais normas estão inseridas em uma sociedade capitalista, concentradora de riquezas, com agudas e inúmeras questões sociais a serem resolvidas. Logo, o que deveria ser uma exceção termina por se consolidar como regra, ou seja: o *princípio constitucional da reserva do possível*, que só deveria justificar a contenção de gastos públicos para além do básico, termina por servir de justificativa para políticas de assistência social pouco comprometidas com a redistribuição de riquezas, alicerçadas em programas minimalistas, residuais e afastados das diversidades culturais e pessoais de cada família.

Agamben trabalha com o paradigma *estado de exceção* sob um olhar da violência política, mas aqui, bem que se pode trabalhá-lo também sob o prisma da violência social produzida pelos padrões eternamente residuais das políticas públicas.

O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito. (AGAMBEN, 2004, p. 131).

Em se tratando, portanto, das políticas de assistência social às famílias, a exceção transformou-se na regra dos programas residuais e pouco comprometidas com a autonomia “[...] de cada um definir as suas afinidades electivas”. (DUVIGNAUD, 2000, p. 201).

Contudo, apartando-se o socorro público, prestado por caridade, da assistência social, reivindicada como direito, tem-se a simbologia das *flores de areia*.

No deserto, por vezes, desenham-se na superfície do solo ressequido figuras que, pouco a pouco, se cristalizam: são as chamadas flores de areia. São um efeito do capricho dos ventos.

As suas figuras são comparáveis, mas se as olharmos mais de perto vemos que cada uma delas tem configuração particular.[...].

[...] As solidariedades e os grupos que emergem depois de dois séculos de modernidade já não estão unidos por laços arcaicos ou ideológicos. Procuram uma existência própria. Compõem-se, decompõem-se e recompõem-se; num movimento incessantemente inacabado[...]. (DUVIGNAUD, 2000, p. 201).

Assim, é preciso um amplo e difícil processo de reivindicações para que as *flores de areia*, desenhadas pelo trabalho do tempo, não se dissolvam pelos caprichos dos ventos.

6 CONCLUSÃO

As constituições dirigentes, para não se identificarem com normas inteiramente planejadoras, afastadas do cotidiano democrático, precisam contar não apenas com eficazes mecanismos jurídicos e jurisdicionais para sua concretização principiológica. Ao lado desses mecanismos, carecem tais constituições de intensa participação reivindicatória de direitos.

Além disto, talvez a principal falha, ao nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição autocentrada em si mesma. Ou seja, criou-

se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição resolve todos os problemas, favorecendo o instrumentalismo: acredita-se que é possível mudar nossa sociedade apenas com os dispositivos constitucionais. Deste modo, ignora-se o Estado e a política. (BERCOVICI, 2003, p. 179).

Daí a dificuldade de seus textos, já que as constituições dirigentes reclamam, a um só tempo, a presença de um direito transformador aliado a uma imensa participação popular dos segmentos comprometidos com a consecução dos direitos fundamentais, em que se abrigam obviamente muitos dos serviços da assistência social. É dizer-se; “Ninguém se alimenta de texto gráfico; é preciso transformar a realidade [...]. Basta começar”. (COUTINHO, 2003, p. 127).

A assistência social, na Constituição, ultrapassou o perfil do *não direito* que, por muitos anos, marcou o socorro público. Agora, é preciso romper com o espectro do *direito negado* que nasce da não concretização constitucional, pois a precarização do direito pode significar, em igual medida, a precarização da própria vida.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. v. 1.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BACHELARD, G. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraposto, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e dirigismo constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 3, 2003. (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional).

_____. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

CHARVET, Dominique. Crise da justiça, crise da lei, crise do estado? In: POULANTZAS, Nicos. **O estado em crise**. Tradução de Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

COUTINHO, Aldacy Rachid. O direito constitucional a um mínimo salarial. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 3, 2003. (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional).

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs**: capitalismo e esquizofrenia. São Paulo: Editora 34, 2002. v. 5.

DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: laços de sangue, laços de razão. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

FALEIROS, Vicente. **A política social do estado capitalista**: as funções da previdência e da assistência sociais. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

FARIA, José Eduardo. Mitos e conflitos. Os direitos humanos no Brasil. In: _____. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1988.

_____. **Retórica política e ideologia democrática**. A legitimação do discurso jurídico liberal. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. 17 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HESPANHA, Antonio Manuel. **La gracia del derecho**: economia de la cultura em la edad moderna. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antonio. (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, 1999.

KEYNES, John M. **John Maynard Keynes**: economia. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984.

LOCKE, John. **Ensaio sobre governo civil**. São Paulo: Abril, 1973.

MARSHALL, T. H. **Política social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

_____. **Cidadania, classe social e status**. São Paulo: Zahar, 1967.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. t. 4.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Luciano. Direitos humanos e cultura política de esquerda. **Lua Nova**, São Paulo, n. 27, 1992.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERES LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1984.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **Discurso sobre a desigualdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, Ágnes et al. **A crise de paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WOLF, Eric R. **Antropologia e poder**. Organização e seleção de Bela Feldman-Bianco e Gustavo Lins Ribeiro. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Campinas: Unicamp, 2003. (Coleção Antropologia).

CRISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A CRISE DO ENSINO JURÍDICO E OS CAMINHOS PARA SUA SOLUÇÃO

*Elizon de Sousa Medrado**

Resumo: Procura-se fazer uma análise sobre a crise do ensino jurídico no Brasil, apresentando os sintomas dessa crise, suas espécies, os fatores que contribuem para sua instalação, bem como os caminhos para a solução do problema, os quais perpassam, antes de tudo, por investimentos na educação superior, na qualificação de professores, maior controle na aprovação de novos cursos jurídicos e mudanças na estrutura curricular.

Palavras-chave: Ensino Jurídico. Crise. Fatores. Solução.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ensino no Brasil, em todas as áreas e ao longo dos anos, vem sendo submetido a testes, os quais têm mostrado que muitos são os problemas e que algo é necessário que se faça para que haja uma mudança nesse quadro.

Especificamente quanto ao ensino jurídico, a situação não é muito diferente, eis que padece dos mesmos problemas que os cursos em geral, sendo certo que, se há alguma diferença, esta consiste no fato de que os problemas enfrentados pelo ensino jurídico são mais evidentes.

Nesse contexto, por ter problemas específicos e graves, é que os doutrinadores apontam a existência de uma crise no ensino jurídico no Brasil,

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Técnico Ministerial do Ministério Público do Estado do Maranhão (Imperatriz). Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Imperatriz – FACIMP. Pós-graduando em Ciências Penais e Mestrando em Educação.

a qual não é tão recente, mas provocada por uma série de fatores, dentre eles, curriculares, extracurriculares, pedagógicos, políticos, ideológicos, didáticos, metodológicos, além do aumento indiscriminado dos cursos jurídicos, falta de qualificação dos professores, falta de investimento etc.

Portanto, esses são alguns dos fatores que contribuem para a crise do ensino jurídico no Brasil. Mas não se pretende aqui falar apenas sobre a crise do ensino jurídico, arrolando os fatores que contribuem para sua existência; pretende-se também indicar as soluções para enfrentar e superar a crise, o que somente se conseguirá com a colaboração de várias entidades, como Governo, Universidade, OAB, alunos, professores e a própria sociedade.

2 SINTOMAS DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

O Brasil vive hoje, e tem vivido há bastante tempo, uma verdadeira crise no ensino em geral. Para se constatar tal situação, basta observar o que todo dia se anuncia na mídia, como os altos índices de analfabetismo, a repetência escolar e, principalmente, a falta de investimento na educação, o que torna o país atrasado e sem muitas perspectivas de crescimento.

Portanto, há um conjunto de fatores que contribuem para a instalação dessa crise que parece estar longe de uma solução. E o que é pior, tal crise não se restringe a uma área específica do conhecimento, certamente encontra espaço em diversos campos, em especial, no ensino jurídico, como já mencionado.

Assim como ocorre no ensino em termos gerais, muito se tem discutido sobre a instalação de uma crise no ensino jurídico no Brasil. Mas essa problemática não é recente, pois há algumas décadas já existem referências a essa crise, tornando-se tal afirmação um lugar-comum. Mas é certo que desde a instalação dos Cursos Jurídicos em São Paulo e Olinda (março e maio de 1827), afora alguns momentos pontuais de reformas e aprimoramento dos currículos de Direito, não se registra tamanha ebulição no tema como nos dias que correm.

E tanto isso é verdade, que se tornou corriqueiro apregoar essa problemática, não sendo constante, porém, a busca de soluções para enfrentar a crise. Ocorre que a crise está instalada e é necessário conhecê-la, encontrar suas causas e, posteriormente, apontar as soluções.

Mas é necessário também saber por que o ensino jurídico está em crise, vale dizer, é preciso identificar os sintomas ideológicos dessa instabilidade. Assim, da análise do quadro atual, alguns defendem que o ensino jurídico está em crise em razão de sua proposta não oferecer respostas aos novos anseios da sociedade, produto de uma falta de crítica do ensino tradicional, entre outros fatores. Sobre a crise do ensino jurídico, que reflete toda a crise do Direito, Streck (2004, p. 84) afirma:

[...] a crise do ensino jurídico é, antes de tudo, uma crise do Direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico. De um lado os operadores do Direito continuam reféns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); e, de outro, a crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

De outro lado, há quem diga que essa crise é resultado de um Direito alienado da sociedade, sendo fruto da falta de consciência histórica. Nesse sentido, chega-se a pensar que o Direito representa um papel definitivamente perverso na sociedade, porque tem um discurso libertário, que pretensamente garante os direitos, mas na realidade serve para reforçar o imaginário social do bem, como se fosse distribuído igualmente entre os seres humanos.

Isso demonstra, sem dúvida, uma ideologia totalmente perversa, que prega, por vezes, um conjunto de supostos direitos e garantias, que não se concretizam, pois o Direito se apresenta a serviço dos que detêm o poder e que controlam de maneira quase invisível a reprodução do ensino para beneficiar-se.

Seguindo essa linha de raciocínio, Soares Junior (2006) assim se expressou:

Na esteira desse paradigma político-ideológico do ensino do direito, se há crise instalada no ensino jurídico, ela está aliada, e não pode ser dissociada, da crise do modelo sócio-econômico capitalista, uma crise

de legitimação; e o ensino do direito, como fonte de conotação política, é sistematicamente utilizado para sustentar a ideologia dominante, através de um discurso versado na iconolatria. Exemplo disso é a crença equivocada gerada pelo discurso democrático-liberal de que o Estado se autolimita e garante direitos através de sua simples positivação. Na prática, em muitas situações concretas, o texto legal positivado transforma-se apenas em um discurso formal através do qual ele, teoricamente, impõe-se limites, ao mesmo tempo em que assume o compromisso de efetivar os direitos enumerados. Na prática esse jogo retórico serve como forma de sua própria legitimação e do sistema político-econômico dominante. Ele omite a natureza de classe do próprio Estado e o fato de que este, na realidade, restringe o Direito e não a sua ação.

Como se percebe, a crise do ensino jurídico no Brasil é um tema abrangente e está relacionada a diversos fatores, dentre eles o político-ideológico, não havendo como negar que de fato ela existe e está a merecer uma ação mais efetiva por parte daqueles que promovem esse ensino, sob pena de essa crise agravar-se cada vez mais.

Afora essas questões político-ideológicas, o reflexo dessa crise também é facilmente percebido na medida em que se observa a falta de qualidade de muitos cursos jurídicos, a falta de qualificação do corpo docente, o fraco desempenho de egressos nos exames da Ordem, os inúmeros casos de corrupção e de desvios éticos de profissionais das áreas jurídicas, dentre tantos outros casos.

Mas os juristas, preocupados com essa situação, tentam diagnosticar as causas dessa crise, elencando diversos fatores que para ela contribuem, os quais serão relacionados no item a seguir.

3 FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A CRISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Na análise da crise do ensino jurídico no Brasil, pode-se afirmar que diversos fatores contribuem para a instalação desse quadro, pensamento

que é corroborado e repetido por diversos autores, cada um apresentando um diagnóstico próprio e, não raro, apontando os mesmos indicadores para a crise, já que esta é notória.

Inicialmente, é importante destacar a visão de Marchese (2006, p. 107) o qual estabelece que contribuem para a crise no ensino jurídico fatores curriculares e pedagógicos e, ainda, fatores extracurriculares.

Por fatores extracurriculares, entende o mencionado autor, são todos aqueles acontecimentos provocados ou espontâneos, de ordem política, econômica ou social que tenham contribuído para a efetivação do panorama em que se encontra, atualmente, o ensino jurídico brasileiro. Dentre tais fatores, cita a explosão de crescimento de cursos jurídicos no Brasil, em especial na iniciativa privada e o despreparo do corpo docente.

No tocante aos fatores curriculares e pedagógicos, tal autor informa que o currículo jurídico brasileiro é profissionalizante, voltado exclusivamente para o ensino da legislação estabelecida, não havendo abertura curricular para que se possa pensar o Direito, ou construir um raciocínio acerca do que representa a ciência jurídica para a sociedade e como poderia ele beneficiá-la ou auxiliá-la em seu desenvolvimento.

Decerto, há de se concordar com o citado autor nesse ponto, devendo-se acrescentar que o currículo do ensino jurídico no Brasil, privilegiando o caráter técnico e voltado para a profissão, deixa a desejar quanto à formação filosófica, ética e sociológica dos estudantes, na medida em que não valoriza as disciplinas chamadas propedêuticas. Na verdade, o ensino jurídico hoje é mais voltado para a formação de técnicos e não de homens, o que não se pode conceber, haja vista que a formação precisa ser a mais ampla possível, sobretudo pautada na interdisciplinaridade, proposta, aliás, que já vem sendo discutida desde a Portaria nº 1.88/94, do MEC e da Resolução CNE/CES nº 9/2004.

Pode-se afirmar, portanto, que o ensino jurídico que hoje é ministrado consegue formar advogados, juízes, promotores e outros profissionais altamente qualificados em termos técnicos, mas não tem conseguido formar profissionais preparados para lidar com as mais diferenciadas situações, em que deve predominar a formação humana e não a técnica, daí por que não é raro encontrar casos de profissionais das áreas jurídicas envolvidos em casos de corrupção, desvios éticos e em crimes.

Por outro lado, Gomes (2002) constata que o ensino jurídico no país está submetido a, pelo menos, três crises: (a) científico-ideológica, (b) político institucional e (c) metodológica. A crise científico-pedagógica, segundo ele, relaciona-se com o equivocado paradigma científico do qual se parte. Para ele, é necessário, na atualidade, (cada vez mais) conhecer os dois ordenamentos jurídicos vigentes: o constitucional e o legal (que por sinal, com frequência, são antagônicos). Nas faculdades, entretanto, em geral (há exceções honrosas), ensina-se só metade do que se deve aprender (a perspectiva positivista legalista do Direito e dos direitos). Daí ele chega a uma primeira conclusão: “o ensino jurídico no terceiro milênio não pode continuar ancorado na ideologia científica (estatalista e legalista) do século XVIII”.

Do ponto de vista político-institucional, o referido autor entende que a crise não é menos profunda. Para ele, Faculdade de Direito deveria ser o lugar apropriado para o aluno aprender a pesquisar, raciocinar, compreender e, sobretudo, argumentar, redigir arrazoados etc. No entanto, está se mercantilizando vergonhosamente. Em qualquer esquina - dizem - acha-se uma delas. Já não é, portanto, e o será menos ainda em breve, o lugar onde se conquista uma profissão ou onde se tem garantia de emprego.

Segundo Gomes (2002), as faculdades, com raras exceções, estão se transformando (simplesmente) num degrau obrigatório para se conquistar um diploma. Mas ser diplomado não significa ser capacitado. Somente cerca de 19% dos bacharéis estão passando no exame da Ordem dos Advogados. Menos de 1% dos inscritos estão sendo aprovados nos concursos da Magistratura e do Ministério Público (Folha de São Paulo, 06.07.02, p. A2).

Com esses dados, Gomes (2002), chega a uma segunda conclusão:

Durante o período escolar, enquanto alguns fazem de conta que ensinam, outros fazem de conta de aprenderem. O governo, por sua vez, faz de conta que fiscaliza (com seus provões) e as instituições (em geral) fazem de conta que são fiscalizadas, que contam com uma biblioteca atualizada etc. Quem assim procede vive uma ficção (enganosa). As drásticas conseqüências de tudo isso pronto aparecem e o dia do desespero não tarda! O aluno, depois de diplomado, ao cair ‘na real’ (!), sente-se vítima de um engodo.

A terceira crise do ensino jurídico no Brasil, apontada pelo referido autor, está relacionada com a (total e absoluta) falência do método clássico de ensino, que padece de muitas anomalias. Esse ensino vem respaldado por currículos repletos de informações, de teorias e de princípios científicos (em tese úteis e até interessantes) mas que no dia-a-dia da faculdade não são ministrados. E quando ministrados não são devidamente aprendidos (senão decorados). E o que é aprendido (decorado) não é usado (porque não se aprende fazendo *-learning doing-*; aprende-se para depois saber fazer).

Anota ele que a velha concepção, em suma, é a seguinte: primeiro adquirir conhecimentos, para depois aprender a usá-los. Primeiro a sistematização de tudo, depois a problematização. Primeiro a teoria, depois a prática. “Esse método de ensino está completamente equivocado!”.

Daí, chega o autor à terceira conclusão: *learning-doing*, isto é, aprender fazendo, aprender a partir de situações concretas. Nenhum ensino pode mais pretender só transmitir informações: deve também desenvolver em cada aluno uma competência, que é a habilidade para enfrentar situações complexas.

Por sua vez, Brasil (2001) aponta, a seu ver, as seguintes causas para a crise do ensino jurídico no Brasil:

a) *deficiência da formação acadêmica*, que gera profissionais não perfeitamente qualificados no caldeirão do mercado de trabalho, ora condenando-os à pura e simples exclusão, ora submetendo os eventuais usuários dos serviços a riscos desnecessários, ora comprometendo a administração pública – já que esta absorve fatia importante dos integrantes das carreiras jurídicas –, dentre outras mazelas;

b) *gradual sucateamento das instituições públicas* (as *Federais*), relegadas a um plano menor dentre as prioridades nacionais, onde é inevitável a desmotivação dos professores – pessimamente remunerados –, a degradação física de instalações e equipamentos, e os reflexos disso tudo no corpo administrativo, abrindo espaço para desvios imanentes às vicissitudes do serviço público, permitindo o surgimento de irregularidades administrativas, que por sua vez geram desperdícios, nepotismo, impunidade etc;

c) *prodigalidade no surgimento de novos cursos*, proliferando instituições particulares de norte a sul, nem sempre com a qualidade que

deveriam envergar para o exercício delegado de *munus* tão essencial para a sociedade.

Nesse contexto em que se tenta descrever as causas da crise do ensino jurídico no Brasil, não é despiciendo considerar a opinião de Bastos (2000, p. 358-368), que aponta os seguintes sintomas da crise:

a) *crise de organização*, pois desde a promulgação da Reforma Universitária de 1968, as Faculdades de Direito ficaram reduzidas a simples departamentos dos centros de Ciências Sociais e Humanas, razão pela qual muitas faculdades perderam-se no contexto da universidade e abriram espaço para o ensino privado, muitas vezes desqualificado, ficando o professor ameaçado no seu *status* docente e social.

b) *crise do crescimento*, pois os cursos jurídicos sofreram um crescimento indiscriminado, sem que fossem incentivados programas específicos de formação, sendo que as salas ficaram repletas de alunos, muitas vezes despreparados.

c) *crise didática*, pois os professores, em sua maioria, restringem-se à leitura dos códigos, muitas vezes desvinculados dos problemas da vida e do cotidiano. Quanto a isso afirma o autor, que “o nosso método de ensino é um método de não aprender” E arremata: “por isto, a Didática do Ensino Jurídico (DEI) deve ser uma disciplina obrigatória nos mestrados e doutorados, assim como o é a exigência de tese”.

d) *crise do conteúdo curricular*, pois os alunos não devem apenas aprender os códigos, mas, principalmente, devem aprender a pensar os códigos, tendo em vista a compreensão jurídica dos fatos sociais.

Fechando o rol de autores que diagnosticam os motivos da crise, Rodrigues (1995, p. 18-38) aponta que o ensino jurídico no Brasil padece de três ordens de crise, a saber: crise estrutural, crise funcional e crise operacional. Quanto à crise estrutural, esta é dividida em crise do paradigma político-ideológico e crise do paradigma epistemológico. A crise funcional, por sua vez, divide-se em crise do mercado de trabalho e crise de identidade e legitimidade dos operadores do Direito. Por fim, a crise operacional divide-se em crise administrativa e crise acadêmica, sendo que esta última subdivide-se em crise didático-pedagógica e crise curricular.

Os autores aqui mencionados estão corretos em seus posicionamentos, pois todos esses fatores, de fato, contribuem para a crise do ensino jurídico, o que é comprovado, inclusive, através de pesquisas; isso

sem mencionar os inúmeros trabalhos monográficos, teses e dissertações sobre o assunto, o que demonstra o quanto esse quadro é preocupante e necessita de ações urgentes no sentido de resolver o problema. Mas, dos fatores aqui mencionados, destacam-se aqueles que são os responsáveis maiores.

Em primeiro lugar elenca-se a questão curricular, que hoje valoriza muito mais o tecnicismo, relegando a um segundo plano as disciplinas relacionadas à Ética, Sociologia, Filosofia, e outras, resultando na formação de profissionais preparados tecnicamente, porém, humanamente desqualificados, propensos inclusive a vicissitudes. Um exemplo claro do que ora se afirma é o próprio currículo da Universidade Federal do Maranhão, que reduz as disciplinas acima mencionadas a meras coadjuvantes no processo de conhecimento.

Aponta-se, ainda, como causa da crise do ensino jurídico, a falta de qualificação do corpo docente. Poucos são os cursos jurídicos que oferecem qualificação aos seus profissionais. À guisa de ilustração, a Universidade Federal do Maranhão não oferece cursos em nível de mestrado e doutorado na área jurídica, o que não é muito diferente do restante do Brasil. Mas o outro lado também deve ser analisado, haja vista que muitos são os profissionais que não buscam qualificação, resultando, por vezes, na transmissão de um ensino desmotivado e sem muita contribuição para o crescimento epistemológico dos alunos.

Por fim, arrola-se como vetor dessa crise o aumento indiscriminado dos cursos jurídicos no Brasil, em especial na iniciativa privada, em razão da redução das exigências para a instalação de novos cursos, efetuada pelo MEC. A justificativa para tal ação era a de que um país carente em educação como o Brasil precisava aumentar o seu aparato de faculdades, pois se havia uma demanda social e pessoas interessadas em abrir faculdades com padrões mínimos de qualidade, o MEC não iria cercar.

Mas esse aumento trouxe conseqüências sérias, pois muitos desses cursos não têm uma estrutura adequada e outros funcionam em horários não recomendáveis, constituindo-se meros centros de expedição de diplomas, sem muito compromisso com o conhecimento. Em geral, são cursos que não prezam pela qualidade. E essas conseqüências são sentidas, mais especificamente, quando os alunos egressos dessas faculdades se submetem ao Exame da Ordem.

De acordo com a Ordem dos Advogados do Brasil (oab.org.br), os crescentes índices de reprovação em exames da Ordem são uma mostra clara do quanto a qualidade dos cursos de Direito deixa a desejar. A média de reprovação nacional atinge índices que beiram 70%. Nos últimos anos, em vários pontos do país, seções regionais da OAB colecionam marcas históricas de reprovação de candidatos. Recentemente num exame realizado no Pará, por exemplo, 81,99% dos alunos inscritos foram reprovados. São Paulo, Estado que exhibe maior concentração de cursos de Direito, registrou num concurso recente uma reprovação de quase 92% dos candidatos, um dos piores registrados na história da advocacia do País. Em Cascavel, no Paraná, o índice de aprovação no exame de alunos recém-formados já chegou a 2,4%.

A situação não é muito diferente nos cursos de Direito no Maranhão, haja vista que em Exame recente, cuja relação de aprovados foi divulgada no dia 17 de outubro de 2006 pela OAB, houve uma das maiores reprovações da história no Estado, ou seja, 80,45%. Isso significa dizer que dos 527 candidatos inscritos naquela ocasião, apenas 103 conseguiram aprovação. A OAB do Maranhão creditou esse desempenho ruim dos bacharéis exatamente ao crescimento desenfreado de cursos jurídicos de baixa qualidade no Estado. (JORNAL ..., 2006, p. 4).

Por tudo quanto foi demonstrado, não há como negar que o ensino jurídico no Brasil está envolto em uma crise que precisa ser enfrentada, mas é importante esclarecer que a solução para tais problemas não é tão simples, pois necessita de um conjunto de ações ordenadas envolvendo Governo, Universidades, OAB, alunos e a própria sociedade. Nesse passo, indica-se a seguir algumas propostas para a solução da crise.

4 PROPOSTAS PARA O ENFRENTAMENTO DA CRISE

As propostas aqui apresentadas como uma saída para a solução da crise andam em sentido oposto aos fatores que a provocam. Embora não pareça, para se vencer a crise é preciso tomar atitudes inversas àquelas que são responsáveis pela problemática. Assim, é necessário investimento em quatro fatores básicos:

a) *Qualificação dos professores.* O investimento na qualificação do professor é um fator primordial para o enfrentamento da crise, pois o que

hoje se vê são profissionais cada vez mais desestimulados, tendo as Universidades atualmente demonstrado pouco interesse nesse sentido. É preciso que se aumente o número de cursos de mestrado e doutorado e também os de especialização, em especial em metodologia do ensino superior porque, aliada à falta de qualificação, está a falta de didática e de método de transmissão do conhecimento. Ao que parece, a universidade espera que o próprio profissional busque sozinho a sua qualificação, o que não é de todo desarrazoado, entretanto, o profissional vive envolto a tantos problemas, que não seria demais que a universidade cumprisse esse papel;

b) *Investimento na educação superior.* Em que pese haver, nos últimos anos, sinais que indicam uma melhoria no ensino jurídico superior, principalmente através da criação de novas universidades, muito ainda resta por fazer como condição essencial para a superação da crise. O investimento que ora é mencionado, é claro, perpassa pela melhoria na estrutura física das universidades e na sua extensão a um número cada vez maior de cidades. Mas acrescente-se a isso boas bibliotecas jurídicas, salários condizentes com a docência superior, concursos públicos, bem como acesso a equipamentos multimídia modernos que possibilitem a democratização do conhecimento jurídico. Além disso, é fundamental o investimento naquilo que é o papel primordial da universidade: ensino, pesquisa e extensão. Em relação ao ensino, talvez este seja o único papel que muitos cursos jurídicos realizam, e com precariedade. Entretanto, não se pode dizer o mesmo da pesquisa e da extensão, haja vista que os cursos jurídicos não são estimulados ou não estimulam a elaboração de trabalhos científicos e, o que é pior, dificilmente se vê projetos de extensão patrocinados pelos cursos jurídicos, significando dizer que estes ficam limitados às aulas ministradas em quatro paredes, pouco contribuindo com a sociedade;

c) *Maior controle na aprovação de novos cursos jurídicos.* É de fundamental importância que haja um controle mais rígido na aprovação de novos cursos jurídicos, com a participação ativa da OAB e também da própria sociedade. Como já mencionado, nos últimos anos o MEC tem facilitado sobremaneira a abertura de novos cursos, os quais não param de crescer, tendo por resultado um ensino jurídico cada vez mais desqualificado, o que pode ser facilmente constatado através dos fracos resultados dos exames da Ordem, das avaliações de cursos e da má atuação de muitos profissionais. Portanto, esse controle é necessário, sob pena de o ensino jurídico se tornar cada vez mais banalizado;

d) *Mudança na estrutura curricular*. Muito já se tem discutido acerca da estrutura curricular dos cursos jurídicos, que deixa a desejar na formação dos alunos, haja vista que contempla mais as disciplinas profissionalizantes, deixando de lado a formação geral do profissional, em que pese as mudanças implementadas pelas novas diretrizes curriculares. Assim, antes de formar técnicos, os cursos jurídicos devem formar pessoas, seres humanos, sem, contudo, descuidar da formação técnica, que também é relevante. É preciso, portanto, formar profissionais que pensem o direito e que entendam que seu papel na sociedade não é apenas ganhar dinheiro e crescer profissionalmente, mas, primordialmente, contribuir com a sociedade levando justiça e dignidade àqueles que delas necessitam. É por isso que se torna necessária a elaboração de um currículo que dê mais ênfase a disciplinas tais como Ética, Filosofia, Sociologia, Antropologia e outras que tenham como preocupação principal formar homens que, além de deter conhecimento técnico, sejam probos, justos e éticos na sua profissão.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o presente trabalho demonstrou o seguinte:

Efetivamente existe uma crise do ensino no Brasil, sendo que tal crise se acentua mais no ensino jurídico, dadas as suas peculiaridades, devendo ela, entretanto, ser enfrentada.

São diversos os fatores que contribuem para essa crise, dentre os quais fatores curriculares, extracurriculares, pedagógicos, políticos, ideológicos, didáticos, metodológicos, bem como outros, como o aumento indiscriminado dos cursos jurídicos, falta de qualificação dos professores e a falta de investimento.

E, finalmente, quanto às propostas para o enfrentamento da crise, dentre elas estão a qualificação dos professores, investimento no ensino jurídico superior, maior controle na aprovação de novos cursos jurídicos, mudança na estrutura curricular, dentre outras, absolutamente viáveis.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BRASIL, Pompeu de Sousa. A problemática do ensino jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2112>>. Acesso em: 23 set. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. A crise (tríplice) do ensino jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3328>>. Acesso em: 23 out. 2005.

JORNAL O PROGRESSO, Mato Grosso do Sul, 18 out. 2006. n. 12.738, coluna 1, p. 4.

MARCHESE, Fabrizio. **A crise do ensino jurídico no Brasil e as possíveis contribuições da educação geral**. São Paulo, 2006.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>.

_____. Seção Maranhão. Disponível em: <<http://www.oabma.org.br>>.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SOARES JUNIOR, Antonio Coêlho. Ensino jurídico: procura-se! **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8423>>. Acesso em: 21 ago. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

*Victor Oliveira Silva**

Resumo: Uma análise acerca da importância dos Direitos Fundamentais nas relações sociais é o principal objetivo deste estudo. Inicialmente é feita uma abordagem histórica do tema, que busca sempre mostrar suas divergências doutrinárias, enfocando especialmente o desenvolver de suas gerações, a teoria de Robert Alexy e a questão da sua eficácia horizontal. São expostas e apreciadas decisões do Supremo Tribunal Federal, culminando na constatação da crescente atuação da fundamentalidade e na sua imprescindibilidade na manutenção dos aspectos básicos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal.

1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

A constitucionalidade contemporânea é marcada profundamente pela valorização do homem, que passa a reconhecer mais incisivamente o seu verdadeiro conceito de cidadão. A luta histórica pela aquisição e manutenção de direitos torna-se cada vez mais expressiva e culmina, no final do séc. XVIII, com a consolidação da noção de “Direitos Fundamentais”.

Todavia, não se pode dizer que este pensamento abaliza-se unicamente na concepção liberalista do anti-absolutismo que marca essa época. Suas bases tendem a manifestações que datam da Idade Média e que se remetem perfeitamente a pensamentos da Antigüidade, sobretudo no que tange aos ideais cristãos da existência de direitos inerentes à condição humana.

Nesse sentido, é de muita valia a análise de José Afonso da Silva (2005, p. 172-175) quando correlaciona a existência de condições históricas e subjetivas da formulação dos Direitos Fundamentais. Segundo a análise

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. vsvictorsilva@yahoo.com.br

do nobre autor, ao passo que a história traz o contexto da luta contra a petrificação medieval e moderna, o subjetivismo remete-se à doutrina cristã, ao naturalismo dos séculos XVII e XVIII e ao iluminismo.

Com isso, o cristianismo (leia-se o cristianismo puro e não o que por muito tempo foi usado como base ideológica do absolutismo), com seus ideais de solidariedade, igualdade e dignidade do homem, alia-se às liberdades individuais iluministas e à total racionalidade que preconiza o naturalismo. Assim, é retirada do monarca a qualidade de “enviado de Deus” e dado a cada cidadão o poder de ser um agente livre, dotado de capacidade política e repleto de direitos imprescindíveis à sua natureza humana.

Como bem afirma o citado jurista (2005, p. 151):

Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das leis fundamentais do Reino limitadoras do poder do monarca. [...] mencionam-se, por primeiro, os espanhóis: de Leon e Castela de 1188, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo, etc. [...]

Nesse passo, é possível encontrar alguns documentos da Espanha medieval, como, por exemplo, os já mencionados de Leon e Castela (1188) e o de Aragão (1265); além da famosa Magna Carta Inglesa (1212-1225). Na modernidade, destacam-se as cartas de direitos e liberdades das colônias inglesas na América. Estas realidades, apesar de já afirmantes de direitos individuais, ainda não configuravam algo que pudesse ser chamado de “Direito Fundamental”, de acordo com suas concepções atuais. A realidade feudal medieval e o absolutismo moderno eram efetivos e enfáticos entraves ao exercício pleno de qualquer liberdade individual.

Por isso, levada pela já insustentável insatisfação frente à opressão secular do Estado, a reação popular explode com as revoluções do fim da Idade Moderna – especialmente a Independência Americana de 1776 e a

Revolução Francesa, em 1789. Os documentos elaborados nesta época são de crucial importância para o desenvolvimento do tema aqui tratado¹.

A burguesia francesa e as colônias do norte da América necessitam da desvinculação do Estado à economia para finalmente ascenderem como desejam. O povo, camada social reprimida a qualquer época, vê no momento mais uma chance de alcançar alguma melhoria. Liberdade, igualdade, fraternidade, propriedade, segurança e dignidade são as palavras da vez. O homem percebe, mais que nunca, a imperiosidade do reconhecimento de direitos inerentes à sua existência. Fontes intocáveis que estruturam uma nova ordem a ser estabelecida. Surgem, então, os Direitos Fundamentais.

Reconhecendo esta nova realidade posta, o presente ensaio faz uma breve análise acerca dos temas que norteiam o estudo destes direitos, buscando sempre comprovar seus reflexos na sociedade atual e adquirindo especificidade quando do estudo da eficácia destes nas relações privadas, o que tem sido chamado de “eficácia horizontal” dos Direitos Fundamentais. Em momento algum, e é importantíssima a ressalva, procurar-se-á aderir radicalmente a uma ou outra corrente doutrinária. O que se tentará sempre será mostrar como entendem os doutrinadores, tomando como norte, no campo prático, decisões da nossa corte maior.

¹ Paulo Bonavides (2001, p. 516) afirma: “Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes acerca da liberdade”.

Nada se pode contestar quanto à magnitude da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Contudo, vale frisar que, na revolução francesa, ainda que marcante evento promovedor de grandes mudanças sócio-econômicas, a intenção inicial burguesa era apenas de expandir seu poderio econômico, aproveitando-se da ânsia popular e dos desleixos da nobreza. Como se sabe, os setores revolucionários dominantes tinham em mente a manutenção do monarca no poder, mas com insignificante intervenção na economia, algo que acabou não prevalecendo, devido ao fortalecimento das classes inferiores durante o movimento.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROBLEMA CONCEITUAL

2.1 Rigidez *versus* Flexibilidade

A contextualização histórica aqui feita traz à baila todo esse novo pensamento *jus-fundamentalista*, inquestionável quanto à necessidade de sua existência, mas paradoxal no momento de sua definição. Os Direitos Fundamentais são a base de toda a nova estrutura jurídica contemporânea. Tal importância acaba posicionando-os entre a rigidez de um conceito e a insegurança da falta dele.

A noção de Direitos Fundamentais abrange diversas acepções. São aqueles considerados indispensáveis ao exercício da cidadania; as formas intocáveis de defesa do homem contra o Estado; das minorias contra as majorias; das classes inferiores contra as superiores. Conceituá-los seria resumi-los a um só aspecto que, ainda que passível de alguma interpretação, limitá-los-ia de uma forma que pudesse torná-los ineficazes ao cumprimento de suas funções. Por outro lado, deixá-los sem definição seria “abri-los” de tal forma que geraria total insegurança e falta de uniformidade, resultando diretamente, na sua não aplicação ou, no mínimo, na banalização de seus valores.

Rodrigo Varela Gonçalves (2004, p. 82 e 84), doutor em direito constitucional pela Universidade de Coimbra, critica essa “vagueza” dos Direitos Fundamentais e aponta a necessidade de uma maior definição no tema.

Já foram escritos rios de tinta acerca da dificuldade conceitual do que vem a ser um direito fundamental. Tal fato decorre, claramente, de sua natureza polissêmica. [...]

Em outras palavras, a banalização dos direitos fundamentais (com o crescimento desenfreado da enumeração dos direitos e também com a mutação de direitos de silhueta libertária para prestacional) pode acarretar a retirada da força dos reais e efetivos direitos fundamentais, que terão uma diluição de sua importância em face da inserção de direitos utópicos. [...]

Sim, a vagueza conceitual dos direitos em testilha, ao passo que colabora com o surgimento de novos direitos fundamentais de duvidosa fundamentalidade, faz também apequenar a sua efetivação em virtude da diluição de sua importância entre direitos ilusórios (fenômeno da banalização ou vulgarização dos direitos fundamentais). [...]

Com efeito, se a robustez da aplicabilidade principiológica decorre da supressão da vagueza dos princípios, da mesma forma a maior pujança dos direitos fundamentais estará garantida com a delimitação mais aclarada do bem jurídico que se visa proteger.

Robert Alexy (1997, p. 22, 24) também percebe essa vagueza. O autor admite que, devido a isso, resta aos Direitos Fundamentais o reconhecimento jurisprudencial por decisões, muitas vezes ambíguas, dos tribunais superiores (no caso do autor, o Tribunal Constitucional Federal alemão). Assim, ao invés de consolidarem entendimentos, as cortes acabam por, em certas situações, provocar ou manter discussões doutrinárias, que acabam entervando a melhor aplicação desses direitos.

2.2 Fundamentalidade formal e material na teoria de Robert Alexy

A partir da inconformidade com essa problemática, desenvolve-se a Ciência dos Direitos Fundamentais, que oferecerá respostas racionalmente fundamentadas a tais questionamentos. Assim, o modelo de Alexy analisa a aceitação de certas normas como conteúdos de Direitos Fundamentais no contexto do ordenamento jurídico.

Segundo sua teoria, determinar se uma norma corresponde ou não a um Direito Fundamental depende principalmente do seu caráter material. O autor contrapõe-se ao paradigma kelseniano de indistinção entre norma e enunciado normativo e defende a independência entre esses dois termos, distanciando, portanto, continente de conteúdo, significante de significado².

² Sobre o tema, BOROWSKI (2003, p. 27): “Se trata del concepto semántico de norma. La disposición de derecho fundamental es un caso especial de un enunciado, específicamente, el enunciado de un derecho fundamental. Se trata de la serie de signos escritos que se encuentran en el texto constitucional original o en sus producciones. El enunciado como conjunto de signos lingüísticos debe diferenciarse estrictamente de la norma como significado del enunciado”.

Reconhece, portanto, a existência de uma fundamentalidade formal e de uma fundamentalidade material nas normas de Direitos Fundamentais.

Falar de fundamentalidade formal é falar dos requisitos técnicos de uma norma. Para esta ser formalmente fundamental, deve encontrar-se na Carta Constitucional, dentro do rol destinado às normas de Direitos Fundamentais. A importância da formalidade está na organização técnica dos princípios dentro do ordenamento.

Todavia, este formalismo precisa ser regrado, além de ter sempre junto a si a fundamentalidade material, que, por sua vez, correlaciona-se com essência contida no mandamento. Somente é materialmente fundamental a norma que protege algo reconhecido como fundamental àquele sistema, realizando os princípios constitucionais vigentes à época.

O que ocorre é a subordinação da formalidade à materialidade, sobretudo nas Constituições que admitem as chamadas cláusulas de abertura³. A formalidade é utilíssima, entretanto, uma maior relevância dada a ela pode implicar em verdadeiras aberrações jurídicas, trazendo a possibilidade de que qualquer norma se torne norma de direito fundamental unicamente pelo seu posicionamento no texto constitucional.

Nas sempre didáticas lições de Borowski (2003, p. 35):

Si el criterio formal fuera apropiado, este interrogante no tendría sentido, pero esto no es así. Por lo tanto, resulta decisivo encontrar un criterio material de derecho fundamental. Los conceptos formales de derecho fundamental ciertamente pueden ser útiles para el trabajo práctico, pero en caso de duda resulta imprescindible acudir a un concepto material.

Obtido este entendimento acerca da fundamentalidade das normas, é de muita valia ressaltar que, de acordo com o pensamento de Alexy, as chamadas “normas de direito fundamental” não se traduzem,

³ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, § 2º, afirma 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”.

necessariamente, em verdadeiros “direitos”. Segundo o jurista alemão, para alcançar esse estágio qualquer norma precisa atingir o caráter da subjetividade, ou seja, incorporar um bem passível de ser reivindicado judicialmente.

Não se pode esquecer que já é de velha data a peleja doutrinária acerca de o que sejam direitos subjetivos.

No obstante, en el debate sobre el concepto de derecho subjetivo sobressalen las teorías de la voluntad y del interés, que se contraponen mutuamente. La teoría del interés fue defendida en Alemania sobre todo por Rudolf Von Jhering, al paso que la teoría de la voluntad lo fue por Bernhard Windscheid. [...]

Con todo, el derecho subjetivo no “es” protegido, sino una posición jurídica. Ser un poder de la voluntad y ser un interés digno de protección, son razones que devem tenerse en cuenta para que existan derechos subjetivos en el sentido de posiciones jurídicas. (BOROWSKI, 2003, p. 43).

Nas palavras do Prof. Miguel Reale (2003, p. 151):

Inspirando-se na noção de *facultas agendi*, sustentava Windscheid que o direito subjetivo é sempre uma expressão da vontade, entendido esse termo, a princípio de maneira empírica, como uma faculdade psicológica. O homem sabe, quer e age. Enquanto o homem quer e age, ele se situa variavelmente no âmbito de regras de direito. O direito subjetivo, portanto, é a *vontade juridicamente protegida*.

O que se conclui na obra de Alexy é que normas de direitos fundamentais são conteúdos argumentados como de bens jurídicos fundamentais, mas tão somente dotados de eficácia meramente objetiva. Por sua vez, os Direitos Fundamentais adicionam a essa característica o caráter da subjetividade. Ou seja, ultrapassam a esfera de ser apenas deveres de outrem para serem verdadeiros direitos exigíveis.

2.3 As gerações dos direitos fundamentais

A discussão tomada acerca de quais na verdade seriam Direitos Fundamentais é levada diretamente ao plano da materialidade da norma. Uma determinada norma somente corresponde a um Direito Fundamental quando argumentada fundamentadamente como tal.

Esse caráter argumentativo dá, indubitavelmente, uma elevada força subjetiva ao tema. Todavia, esta subjetividade não está totalmente desprendida, ou seja, não depende apenas dos entendimentos pessoais daquele que tenta exercê-la. A fundamentalidade das normas está inteiramente vinculada à realidade social de cada época. São as situações fáticas que se seguem no decorrer da história os verdadeiros elementos coordenadores desse movimento. De certo que o número de bens a serem assim tutelados tende a acumular-se com o desenrolar da história, mas o que se mostra mais interessante é que a importância de cada valor ensejador dessas indagações oscila de acordo com o momento analisado.

Por lo tanto, el que una norma adscripta sea o no una norma de derecho fundamental depende de la argumentación jusfundamental que para ella sea possible. Esto tiene, a primeira vista, consecuencias fatales. Em muchos casos es discutible que para la adscripción de una norma sea possible ofrecer una fundamentación jusfundamental correcta. Las reglas de la fundamentación jusfundamental no definen ningún procedimiento que em cada caso conduzca a uno y solo un resultado: además, ellas mismas están en conflicto. Por lo tanto, esto significa que, em muchos casos, existe incertidumbre acerca de cuáles normas son normas de derecho fundamental. (ALEXY, 1997, p. 71-72).

Nesse contexto, surge, então, a sistemática doutrinária intitulada de “gerações dos Direitos Fundamentais”. Essa denominação é criticada pela doutrina mais moderna, de tal forma que muitos autores preferem utilizar o termo “dimensões”, comentando que falar em gerações “pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”. (SARLET, 2003, p. 50).

Ainda que importante a lembrança da discussão doutrinária, cabe dizer que ela parece não transbordar o campo da terminologia. Independentemente da expressão utilizada, o que se deve lembrar é que, como já dito, os bens simbolizados por cada geração (ou dimensão) adquirem um caráter cumulativo, ou seja, não se substituem, mas adicionam-se de acordo com seu surgimento.

Explicado isso, podemos dizer que a **primeira geração** traz à fundamentalidade os direitos políticos e civis, traduzindo-se em uma **liberdade** do cidadão em relação ao Estado. Esta inicial linha de pensamento acerca de uma fonte material dos Direitos Fundamentais corresponde diretamente aos já comentados motivos ensejadores das revoluções liberais.

É através das liberdades públicas que o cidadão tem finalmente a opção, e por que não dizer a obrigação, de distanciar-se do Estado e de exigir dele o tão necessário “não-fazer”. Aqui lembra-se a muito aclamada conceitualização do *status negativus* de Jellinek, na qual destaca o direito individual de defesa contra qualquer ordem ou coação estatal que não fosse legalmente fundamentada. (ALEXY, 1997, p. 252).

Contudo, este pensamento que marca o século XVIII tem grandes conseqüências nos séculos seguintes. O exagero da liberdade promovido inicialmente faz com que os setores mais poderosos da sociedade privada oprimam aqueles menos favorecidos. Em conseqüência, valorizam-se ideais de **isonomia**⁴, dando ensejo ao surgimento de uma **segunda geração** dos Direitos Fundamentais. Aqui se destacam os direitos sociais, culturais e econômicos (BONAVIDES, 2001, p. 564), ligados diretamente ao princípio da igualdade e aprimorados pela doutrina socialista.

Destarte, a sociedade, que havia minimizado a função estatal, busca agora, junto ao Estado, a força necessária para se restabelecer. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. (SARLET, 2003, p. 52). O abalizado autor gaúcho ainda lembra que esta segunda fase, além de reconhecer esses direitos, os quais, como se pode ver, têm altíssimo caráter prestacional, abrange também as ditas “liberdades sociais” (2003, p. 53), que englobam direitos como liberdade de sindicalização, greve, férias, dentre outros. Pensamento que se

⁴ Aqui se fala em Isonomia material, uma vez que a isonomia formal já pode ser inserida como elemento da “primeira geração”.

complementa nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti (apud MORAES, 2004, p. 61):

[...] o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.

Como se pôde notar, estas duas gerações iniciais primavam por destacar a necessidade da aceitação de Direitos Fundamentais em face de conflitos político-econômicos. Todavia, o séc. XX amplia este pensamento, alcançando a busca por uma ação social de forma generalizada.

Chega-se à **terceira geração**, que trata dos direitos à **fraternidade**, configurando-se como

[...] resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado cônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências [...] (SARLET, 2003, p. 54).

Neste momento não encontramos mais um titular fixo do direito (fala-se em titularidade difusa ou coletiva). O que há é uma luta de todos em prol da humanidade. Paz, ajuda mútua entre pessoas e Estados e meio ambiente⁵ são, dentre outros fatores, as tônicas dessa corrente.

Por fim, é importante mencionar que a doutrina mais moderna já fala em uma **quarta geração** de Direitos Fundamentais. Esta corrente ainda não tem forte absorção legal, doutrinária ou jurisprudencial, mas merece

⁵ Sobre o tema, de muita valia é a leitura da tese de doutorado do Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho (**Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. 2006. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis).

lembrança, especialmente pela da obra do Prof. Paulo Bonavides, seu maior expoente em nosso país.

O renomado autor analisa o contexto neoliberal atual e percebe as conseqüências da globalização em seus âmbitos político e econômico. Assim, propõe uma evolução democrática, livre de manipulações midiáticas, concretizando os direitos introduzidos nas dimensões anteriores.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de conveniência. (BONAVIDES, 2001, p. 571).

3 AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Analisando todo esse desenvolver histórico dos Direitos Fundamentais⁶, partindo de suas origens na antiguidade até as mais recentes propostas da quarta geração, e, desde já, aguardando novos pensamentos que remontem à quinta⁷, sexta e seguintes dimensões, faz-se o seguinte questionamento: até que ponto poderão incidir esses direitos?

Os Direitos Fundamentais vieram com o intuito de atender todas as necessidades de um povo que era totalmente tolhido de liberdades. Se inicialmente surgiram na pretensão de uma abstenção do Estado frente às relações privadas, no seu desenvolver transformaram-se em mecanismos de igualdade e bom convívio entre povos, sendo exigíveis contra todos.

Mas é essa atuação frente a entes que não os públicos, que toma relevância e é fruto de um estudo mais aprofundado neste ensaio. Sabe-se

⁶ Como se pode ver, curiosamente, as situações fáticas conseqüentes do estabelecimento dos Direitos Fundamentais acabaram por consolidar a máxima revolucionária francesa. Liberdade, igualdade e fraternidade, como que numa predição, nortearam o caminhar dos Direitos Fundamentais.

⁷ Sobre a quinta geração já podemos encontrar primeiras linhas em autores como José Alcebíades de Oliveira Júnior (**Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000).

que os Direitos Fundamentais são ordens de vinculação aos três poderes em quaisquer de seus atos. Mas, e nas relações privadas? Até onde poderemos introduzi-los? Quais critérios regulariam essas relações?

O cerne da questão está na existência (ou inexistência) da possibilidade de alguém argüir outrem judicialmente, alegando unicamente infração a Direitos Fundamentais, sem que esta específica infração esteja expressa em norma infraconstitucional. Correm, então, em caminhos opostos, as teorias da eficácia horizontal mediata e imediata desses direitos.

A discussão é extremamente interessante e está longe de uma solução concreta, especialmente pela variação da compreensão em vários países, além da reticência de alguns deles. Como caráter introdutório à celeuma, lança-se mão do sempre bem estruturado estudo do Min. Gilmar Ferreira Mendes, que analisa o tema dando enfoque especial às decisões do *Bundesverfassungsgericht*, a Corte Constitucional alemã.

A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da 'state action', tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

É fácil ver que a doutrina tradicional dominante do Século XIX e mesmo ao tempo da República de Weimar sustenta orientação segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado. Dos dois direitos fundamentais com notória eficácia para os entes privados (art. 118, 1, 1. período - liberdade de opinião; art. 159, 2. período - liberdade de coalizão) extraiu-se um *argumentum e contrario*.

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação

suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem. (MENDES, 2004, p. 120-121).

3.1 Teoria da Eficácia Imediata

A teoria da eficácia imediata (ou teoria monista ou da eficácia direta⁸) entende que a estrutura jurídica e constitucional do Estado nos impulsiona a não ver outra hipótese que não a de se utilizar os direitos fundamentais diretamente ao caso concreto, mesmo que se trate de relações de direito privado ou que não haja norma expressa prevendo-os àqueles casos. Ela organiza seu pensamento em pressupostos fáticos, partindo do princípio de que os Direitos Fundamentais são articuláveis contra o Estado justamente por este estar em uma posição superior à do indivíduo, que necessita de uma proteção de condições básicas contra ele.

A *priori*, considerando que os entes privados relacionam-se em condições de igualdade, não haveria porque argumentar-se uma incidência direta dos Direitos Fundamentais sobre suas relações. Contudo, esta igualdade não existe materialmente. As diferenças sócio-econômicas são incontestáveis e o cidadão, sentindo-se tolhido de seus Direitos Fundamentais por outrem, ainda que não havendo norma expressa, teria toda legitimidade de exigí-los judicialmente.

Sarlet (2003, p. 357), estudando as duas correntes doutrinárias, afirma que:

Uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade de ordem

⁸ Não se buscará aqui adentrar à discussão terminológica acerca do nome mais apropriado à eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.

jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.

Este entendimento tem sido o aceito pelo Supremo Tribunal Federal como se observará adiante. Daniel Sarmento (2004, p. 297) afirma:

[...] é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.

Segundo o mestre português José Joaquim Gomes Canotilho (apud GONÇALVES, 2004, p. 85), o julgador tem dois caminhos a seguir quando encontra um conflito entre um contrato, ou norma civil, e uma norma de direito fundamental: se a norma inferior tiver um sentido duvidoso, tentar interpretá-la de acordo com aquela norma superior; não sendo isso possível, não aplicar a norma inferior, fazendo prevalecer o direito fundamental.

Este pensamento, que tem como grandes expoentes iniciais Nipperdey e Leisner, carece, todavia, de posituação em muitos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como é o caso do Brasil e da Alemanha⁹. Ainda assim, mesmo alguns países que têm esta previsão mantêm-se relativamente vagos, como é, por exemplo, Portugal¹⁰.

⁹ A Lei Fundamental alemã, em seu art. 1º, III, é apenas expressa quanto à vinculação direta aos Poderes Estatais.

“Art. 1º. Menschenwürde, Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt.

III - Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”

(Art. 1º. Dignidade do ser humano, características obrigatórias dos Direitos Fundamentais para o Poder Público.

III – Os Direitos Fundamentais enunciados adiante são aplicáveis diretamente aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário).

¹⁰ O Art. 18, I, da Constituição Portuguesa de 1976 afirma que:

“Art. 18.º (Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

3.2 Teoria da Eficácia Mediata

Os seguidores da teoria da eficácia mediata (ou dualista, ou direta) defendem, sobretudo, a prevalência dos princípios constitucionais da liberdade contratual, do livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia da vontade sobre qualquer forma de atuação direta de Direitos Fundamentais nas relações privadas. Um pensamento diferente deste, nas palavras de Mota Pinto, geraria “rigidez, inautenticidade e irrealismo na vida jurídica havida fora dos muros estatais”. (GONÇALVES, 2004, p. 86).

Destarte, não haveria de se pensar em destinatários diretos para as normas de Direitos Fundamentais outros que não os Poderes Públicos.

[...] apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, neste sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado. (SARLET, 2003, p. 357).

Esta corrente, encabeçada especialmente por Düring e Konrad Hesse, é também a aceita pela Corte Constitucional Alemã, como se percebe na obra do Min. Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 125):

Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado.

De fato, os defensores dessa linha de pensamento não negam, sob hipótese alguma, que os Direitos Fundamentais devam ser aplicados à vida civil. É bem verdade que reconhecem a atuação deles em todo o ordenamento. Porém, seria o legislador (ou em último caso, na omissão

dele, o juiz) quem determinaria se aquele tal Direito Fundamental poderia tocar uma individualizada relação privada.

Os Direitos Fundamentais seriam, portanto, normas genéricas, verdadeiras cláusulas gerais, sob a luz das quais seriam criadas e interpretadas as normas de Direito Civil.

Tal como sistematizado por Hesse, a orientação da Corte Constitucional revela que a função dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva impõe tão-somente a preservação de uma *standard* mínimo de liberdade individual. Não se impõe, porém, a redução generalizada da liberdade individual a esse padrão mínimo. (MENDES, 2004, p. 128).

4 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Questão de indiscutível relevância, o tema é também fruto da análise em certos julgamentos de nossa Corte Suprema. Como conclusão prática do nosso estudo, trazemos à baila os dois julgamentos que se seguem:

4.1 Recurso Extraordinário N.º 161.243-DF (Joseph Halfin x Compagnie Nationale Air France)

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de

nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (RE nº 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no Diário da Justiça de 19/12/1997)

No caso, o brasileiro trabalhou, em nosso território, para uma empresa francesa por 34 anos e teve seu contrato de trabalho rescindido. Na reclamação trabalhista, pediu a nulidade da rescisão contratual, o recebimento do FGTS e seu enquadramento nas vantagens dadas pelo estatuto da empresa. Seu pedido foi provido em parte, para garantir-lhe somente o FGTS.

Interpostos recursos por ambas as partes às instâncias superiores, todas mantiveram a decisão inicial. Contra a empresa, era sempre reconhecido o direito do empregado ao FGTS. Contra o funcionário, os deferimentos mantinham-se, no mérito, sob o argumento de que, devido à previsão do estatuto da empresa da aplicabilidade das vantagens somente aos empregados de nacionalidade francesa, não haveria como se enquadrar o trabalhador brasileiro nesta condição. Foi feito o recurso extraordinário, que pedia a aplicação do princípio da isonomia ao caso.

Em uma análise dos debates da sessão, constata-se que todas as argumentações dos eminentes Ministros, acompanhadas pelo parecer da Procuradoria Geral da República, são no sentido de que não cabe a tal estatuto determinar a referida distinção entre brasileiros e estrangeiros. Afirmou o Relator, Min. Carlos Velloso, acompanhado por seus pares, que, uma vez atuando a empresa em território nacional, está ela submetida à nossa ordem constitucional.

O direcionamento jurisprudencial da nossa Corte máxima remete-se à aplicação direta dos preceitos fundamentais às relações privadas. Nota-se que a decisão do aludido Recurso Extraordinário não faz menção a qualquer outro elemento normativo que não seja o do Princípio Constitucional

da Igualdade e, por isso, estabelece a eficácia imediata deste direito entre os entes particulares (*in casu*, empregado x empregador).

O princípio da isonomia é corolário de nossa Carta Magna e objetivo de nossa República, nos termos dos arts. 3º, IV e 5º, bem como em toda a nossa estrutura jurisdicional. Seu escopo é o de assegurar a igualdade entre todos os cidadãos brasileiros ou estrangeiros que aqui habitarem. A isonomia busca também dar aos que estiverem em situação de desigualdade, por alguma deficiência física, mental, ou mesmo social, a possibilidade de ter as mesmas oportunidades dos demais. Remete-se à máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2004, p. 66):

[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]

Como se vê, contrariando a ordem vigente, o estatuto da referida empresa não abrangeu o trabalhador brasileiro única e exclusivamente pela sua condição de “não-francês”. Ficou comprovado que não havia qualquer outra condição fática, que não fosse a sua nacionalidade, que pudesse preterir-lo de algum direito, não havendo, portanto, qualquer justificativa plausível para essa distinção.

Isso reflete exatamente o que já fora anteriormente dito acerca da “segunda geração” dos direitos fundamentais. A empresa empregadora utiliza-se de sua supremacia econômica para impor seu estatuto a seus empregados. Ou seja, apesar de entes privados, não há efetivamente igualdade material entre eles.

Desta feita, a fundamentalidade que adquiriu a isonomia dá ao empregado a possibilidade de argumentar a constitucionalidade desta atitude (discriminatória) frente aos órgãos estatais. O Estado, então, fica a frente

de uma obrigação de fazer, uma verdadeira prestação positiva necessária ao cumprimento de seus preceitos constitucionais.

Assim, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, aceitando que houve agressão à isonomia, obrigando o acolhimento do brasileiro pelo estatuto, de forma a ser apurada na liquidação da sentença.

4.2 Recurso Extraordinário 201819/RJ (UBC – União Brasileira de Compositores x Arthur Rodrigues Villarinho).

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada,

que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos

direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(RE n.º 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, publicado no Diário da Justiça de 27/10/2006)

Neste pleito, a UBC – União Brasileira de Compositores pretendia a cassação do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que confirmou a decisão de primeiro grau que reintegrara associado excluído desta instituição, sob a tese de que este não tivera a oportunidade da ampla defesa.

A Relatora, Min. Ellen Gracie, entendeu pelo provimento da ação, uma vez que a referida associação utilizou-se do processo de exclusão nos termos de seu estatuto. Não haveria, segundo a eminente Ministra, possibilidade de reintegração do recorrido, muito menos de argumentação quanto ao princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que às associações incide o princípio da livre associação, que lhes dá o poder de organização, nos termos da legislação em vigor. Além disso, afirma que cada indivíduo, ao inserir-se em uma sociedade, é conhecedor de suas regras.

Todavia, o voto divergente – e vencedor – do Min. Gilmar Mendes foi defensor da aplicabilidade horizontal imediata dos Direitos Fundamentais. Argumentava que, bem como qualquer outro Direito Fundamental, a livre associação não seria princípio absoluto e, por isso, estaria passível de ponderações. Desta forma, ainda que não estabelecido nas normas daquela instituição, ao associado caberia o direito de defender-se daquilo que implicara em sua expulsão.

Traz ainda a situação para análise no campo fático, o que dá maior relevância ao caso. A UBC integra a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade que controla a distribuição dos valores dos direitos autorais aos artistas. Assim, não participando de tal estrutura, o recorrente, ou qualquer outro compositor, não teria qualquer amparo para o recebimento de seus direitos autorais, e há de se lembrar que existem determinadas pessoas que dependem desses valores para a própria subsistência.

Alude, por fim, pela manutenção da coerência da corte, que já diversas vezes julgara pela eficácia horizontal imediata. Dentre os exemplos

citados, o eminente Ministro faz referência à decisão comentada no caso anterior, bem como a que se segue:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

(RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996)

Em ambos os casos, o que se percebe é um verdadeiro reconhecimento do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal), especialmente nas suas duas principais faces: o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV também desta Constituição).

Estas marcas constitucionais refletem a já aludida constitucionalidade contemporânea, sendo consideradas mesmo “inerentes à própria noção de processo”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 57).

A necessidade de uma defesa efetiva parece configurar tanto elementos de igualdade, quanto de liberdade. Liberdade por evitar que alguém tenha direitos suprimidos sem que ao menos possa tentar demonstrar alguma argumentação que o exima da punibilidade. Ou seja, a liberdade dá a fundamentalidade a determinados princípios processuais por entender-se que somente mediante um processo baseado em parâmetros democráticos poder-se-ia exigir alguma conduta (quer positiva, quer negativa) de alguém.

Da mesma forma, a igualdade complementa a valoração fundamentalizada deste tema. É característica isonômica a obrigação de que as partes sejam tratadas de forma equânime no processo para que tenham as mesmas possibilidades de exporem suas alegações e que se possa, portanto, alcançar a justiça. Como bem afirma Mirabete (2006, p. 24):

Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a *isonomia processual* obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). [...]

Do princípio do contraditório decorre a *igualdade processual*, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano [...].

5 CONCLUSÃO

Como dito inicialmente, este estudo não buscou em nenhum momento seguir radicalmente alguma linha doutrinária, quando encontrasse divergências em seu caminho. Sua principal intenção foi a de uma explanação didática (por meio de recursos teóricos e práticos) dos diversos pontos de vista que englobam todo o desenvolver dos Direitos Fundamentais e, mais especificamente, das possibilidades de sua eficácia horizontal.

A partir de uma digressão histórica, que resulta da análise desde os pressupostos dos Direitos Fundamentais, passando pelo seu surgimento, quando das revoluções do século XVIII, e culminando no mundo neoliberal atual, nota-se uma gigantesca evolução em sua incidência.

Para alcançar essa magnitude foi necessária uma profunda teorização. O questionamento inicial do que, de fato, seria um “Direito”, as noções de normas de direitos fundamentais, suas condições subjetiva ou objetiva e, principalmente, as concepções de fundamentalidade formal e material da obra de Robert Alexy adentraram esse tema e foram imprescindíveis para reconhecer e delimitar os Direitos Fundamentais, procurando estipular até que ponto poderiam atingir diretamente no convívio social.

Vem a sistematização didática das gerações (ou dimensões) que, finalmente, preenche o ponto basilar que restava: um substrato social definido. É neste momento que o doutrinador condensa a realidade fática e a incorpora ao Direito. Os Direitos Fundamentais são inseridos, então, como os verdadeiros defensores das minorias, as armas de proteção daqueles que se deparam com uma situação que os agrida. São coordenadores de todo o ordenamento jurídico e atuam através de determinações constitucionais e instituições estatais organizadas.

Diversos valores agregam-se, e muitas teorias são postas. Se, num momento inicial, encontrava-se uma dúvida quanto à sua existência, nos tempos hodiernos, já com sua presença mais que solidificada, passa-se ao medo de que sua importância seja tão extremada que possa aglomerar bens jurídicos demais, chegando a uma possível banalização.

Atualmente, encontram-se em um mundo composto por nações totalmente interagidas. São sistemas jurídicos que, inevitavelmente, se influenciam, ensejando uma aproximação que só aprimora a sua atuação mais que incisiva e que os leva a discussões de relevância internacional, trazendo à tona perspectivas que, no início, pareciam totalmente desnecessárias.

A eficácia imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas apresentava-se como aspecto de todo irrelevante, visto que esses direitos apenas dirigiam-se contra os desmandos estatais. Contudo, especialmente no início do séc. XX, as relações entre os diferentes níveis sociais alteram essa realidade e incorporam um dos mais interessantes temas de estudo do direito contemporâneo: a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais.

De fato, esse ponto ainda carece de maior tratamento legislativo e, com toda certeza, ensejará muitos argumentos divergentes. Todavia o

que já é cabível afirmar, com toda a segurança, é a perfeita existência de exemplos dessa eficácia de forma direta em diversos sistemas legais, como demonstrado nas decisões da nossa própria Corte Suprema.

Por fim, passado todo esse estudo, o que se percebe como ponto principal deste breve ensaio é o de que a existência dos Direitos Fundamentais e a sua verdadeira efetivação na sociedade nada mais são que pressupostos básicos do Estado Democrático de Direito. Os Direitos Fundamentais evoluem e amoldam-se para suprirem as necessidades dos desfavorecidos por qualquer que sejam. Ainda que possam sobrevir movimentos antidemocráticos, tolhedores das liberdades individuais, cabe à população em geral lutar pelo respeito destes que são os reais garantidores de sua supremacia.

Não se pode esquecer que o Estado é um ser fictício criado pelo homem e que só tem razão de ser por configurar seus interesses e necessidades. Sua forma e seus métodos de atuação devem ser direcionados unicamente por aquele que é seu verdadeiro dono: o corpo social. Para a sua real efetividade, deve-se ter sempre em foco o reconhecimento da pluralidade, a aceitação da vontade da maioria, aliada ao respeito às dificuldades dos setores minoritários ou menos favorecidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n.º 158.215-RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1996.

_____. _____. **Recurso Extraordinário** n.º 161.243-DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 19 de dezembro de 1997.

_____. _____. **Recurso Extraordinário** n.º 201.819-RJ. Recorrente: UBC – União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator designado para lavar o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de outubro de 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 368 p.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. **Prim@ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas**, João Pessoa, n. 5, p. 73-100, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. 818 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

PAULO, Vicente; MAIA, Juliana (Org.). **Aulas de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 788 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Adaptado ao novo código civil – Lei n.º 10.406, de 10-01-2002. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 391 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 925 p.

DIREITO CIVIL

T

T

L

L

O MUNICÍPIO E A TUTELA DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

*Herberth Costa Figueiredo**

Resumo: O presente artigo visa enfatizar o imprescindível papel do município na preservação do patrimônio histórico-cultural, bem como demonstrar que a efetivação da democracia constitucional passa pela preservação da identidade, da memória cultural de uma coletividade face à autonomia e competência que foram conferidas ao município pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Competência legislativa municipal. Identidade cultural e tombamento.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade precípua abordar, de forma clara e objetiva, à luz do sistema jurídico constitucionalizado, a responsabilidade do Município na promoção, proteção e conservação do patrimônio ambiental cultural.

O tema será desenvolvido de forma sistemática, tendo em vista que a tutela do patrimônio cultural abrange as três esferas de governo, União, Estado e Município, em que a competência será definida conforme o grau de interesse do bem a ser protegido.

Para a compreensão do trabalho será inicialmente realizada uma abordagem acerca da concepção dada pela Carta Federal de 1988 ao patrimônio cultural, conceituando ao mesmo tempo como direito fundamental de todo cidadão e como bem difuso da coletividade.

Especial ênfase será dada ao aspecto da competência legislativa do município na proteção do patrimônio cultural em face de sua autonomia e

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional.

competência para legislar sobre assunto de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual na promoção e preservação do patrimônio histórico-cultural do município.

Será também objeto de estudo o papel da comunidade na formulação de políticas públicas de promoção, proteção e conservação do patrimônio cultural, de maneira a efetivar a democracia constitucional com participação direta do povo.

Finalmente, será abordado o inafastável dever municipal de preservação do patrimônio cultural e sua importância para o resguardo da identidade coletiva de um povo e justificar as razões pelas quais o tombamento se constitui em um dos meios jurídicos mais eficazes para defender e conservar os bens culturais.

2 DIREITOS CULTURAIS

Os direitos culturais na história constitucional brasileira surgiram de forma tímida na Constituição Republicana de 1934, que instituiu, pioneiramente, o princípio da tutela do patrimônio cultural (art. 10, nº III).

Seqüencialmente, em 1937, a Constituição do Estado Novo não apenas manteve a linha protetiva anterior como apurou a redação do correspondente dispositivo tutelar do patrimônio cultural (art. 134), o que inversamente ocorreu com a Carta Federal de 1946, que reduziu o espectro de proteção (art.175).

A Constituição de 1967 (art. 172 e seu § único), assim como a Emenda Constitucional nº 01/69 (art. 180 e seu § único), mantiveram preceitos cometendo ao Poder Público o amparo e a especial proteção da cultura.

A Constituição Federal de 1988 conceituou o patrimônio cultural brasileiro como “os bens de natureza material e imaterial tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216).

Concebe a Lei Excelsa a cultura como forma ou etapa evolutiva das tradições e valores intelectuais, morais, espirituais ou como um conjunto de conhecimentos acumulados e socialmente valorizados, que constituem patrimônio da sociedade.

Assim, os direitos culturais envolvem um complexo de padrões de comportamento, das crenças, das instituições e outros valores espirituais e materiais transmitidos coletivamente e característicos de uma sociedade e/ou civilização.

3 PATRIMÔNIO AMBIENTAL CULTURAL

3.1 Conceito

Consoante Milaré (2000, p. 183), o meio ambiente deve ser visto de forma abrangente, holística, o que conduz a considerações relacionadas ao seu caráter social, como consequência direta da definição constitucional de constituir bem de uso comum do povo, fato esse que evoca o caráter ao mesmo tempo histórico, porquanto o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo, o que viabiliza a inclusão do conceito de meio ambiente, além dos bens e ecossistemas naturais, das sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras.

Antes da promulgação do Código Magno de 1988, prevalecia no ordenamento jurídico positivo apenas o conceito de patrimônio cultural trazido pelo vigente Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Estabelece no art. 1º que:

constitui patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

A partir da Constituição da República de 1988, passou-se a conceituar patrimônio cultural como:

os bens de natureza material e imaterial tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes

grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216).

O conceito de patrimônio cultural dado pela Carta Magna permite uma proteção dinâmica e adaptável às contingências e transformações da sociedade, pois não estabelece limitações para o reconhecimento de valor cultural a quaisquer bens, independentemente do tipo, forma, estrutura, dimensão, origem, condição, quantidade e titularidade.

Cumpra salientar que o rol de bens que constitui o patrimônio cultural brasileiro assentado nos incisos do art. 216 da Lei Excelsa não é exaustivo, porquanto a utilização do termo “nos quais se incluem” deixa fora de dúvida tratar-se de listagem meramente exemplificativa, na qual podem ser incluídos outros bens, palavras, formas de expressão, valores, desde que existente vínculo com referência à identidade, à ação, à memória de quaisquer dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Silva (1995, p. 20) pontifica que:

o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.

3.2 Direito Fundamental de todo cidadão

Com o advento da Constituição Republicana de 1988, o patrimônio histórico e cultural passou a ser reconhecido como direito humano fundamental de todo cidadão, jurídico e institucionalmente garantido pelo instrumento processual da ação popular constitucional (art. 5º, inc. LXXIII).

Para assegurar a salvaguarda ao patrimônio cultural, direito fundamental e de titularidade difusa, a Lei Excelsa impõe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de promovê-lo, defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, como forma de garantir a própria dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art.1º, III CF).

A par disso, sendo reconhecido o patrimônio histórico e cultural como direito humano fundamental, suas normas possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º CF).

3.3 Bem Difuso

Embora trate o art. 5º, inc. LXXIII da Lei Maior, o patrimônio cultural como direito fundamental individual, não se pode negar que o mesmo objetiva o bem-estar e a justiça social preconizados nos arts. 215 e 216 da Constituição da República, pois o mesmo encontra-se disciplinado no título VIII, capítulo III, seção II, referente à ordem social.

Assim, inobstante constituir direito fundamental de todo e qualquer cidadão, a proteção do patrimônio cultural possui inequívoco interesse social, revestindo-se em direito de titularidade supraindividual, inserido na categoria dos interesses difusos e coletivos.

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribui a todos a titularidade de fruição dos bens difusos, incluindo os bens ambientais em seu sentido amplo e, por via de consequência, os bens que integram o patrimônio cultural.

4 SISTEMA DE COMPETÊNCIAS E INTERESSE LOCAL DO MUNICÍPIO

4.1 Competência Concorrente

A Constituição Federal de 1988 atribui competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, assim como sobre responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VII e VIII).

Tratando-se de competência concorrente, cabe à União a edição de normas gerais sobre o tema (art. 24, §1º) como já ocorre, por exemplo, com o Decreto-Lei Federal nº 25/37; aos Estados está atribuída competência suplementar das normas gerais (art. 24, § 2º), enquanto que aos Municípios está reservada competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e para suplementar de forma remanescente as normas editadas pela União e pelos Estados (art. 30, II), hipóteses em que deverão ser respeitados os princípios e ditames de ordem constitucional e aqueles elencados na legislação de caráter nacional e estadual pertinente.

A União deverá limitar-se a estabelecer normas gerais no que concerne à proteção dos bens e valores culturais e os Estados poderão suplementar as normas gerais federais. Inexistindo as normas federais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º). A eficácia da lei estadual será suspensa com a superveniência de norma geral federal, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

Os Estados e Municípios poderão adicionar outras regras às diretrizes federais gerais, de modo que não sejam as mesmas desnaturadas ou desvirtuadas, como podem legislar sobre suas próprias peculiaridades, em sintonia com as normas federais.

4.2 Competência Material

As matérias elencadas no art. 23, III e IV da Carta Federal permitem a constatação da existência de uma ordem constitucional

proclamada no sentido de que o Poder Público, em todos os níveis, seja através de atuação isolada ou conjunta, implemente medidas de defesa e preservação de bens de fruição difusa, de inequívoco e extraordinário alcance social.

O art. 23 conjugado com os dispositivos 215 e 216 da CF evidenciam a lúcida e justa preocupação do legislador constituinte com o inveterado e inadmissível despreço dispensado pelas autoridades e mesmo pela coletividade aos bens integrantes do patrimônio cultural.

A tutela ao meio ambiente em seu sentido lato, e à evidência dos bens ambientais culturais constituem dever comum imposto aos entes federados, devendo-se entender como Poder Público não apenas a Administração Pública representativa do Poder Executivo, mas também os Poderes Legislativo e Judiciário, dentro das respectivas esferas de atribuição.

Assim, a execução da legislação incumbe ao mesmo tempo à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, III e IV CF), sendo que os Municípios têm o precípua dever de “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local” (art. 30, IX CF).

4.3 Repartição das Competências

A Constituição Federal previu dois tipos de competência para legislar, com referência a cada um dos membros da Federação: a União tem competência privativa e concorrente; os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente e suplementar; e os Municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual.

A razão da distribuição do Poder entre seus distintos níveis reside em facilitar seu mais adequado e eficaz exercício. As fórmulas que se adotem, como todas as fórmulas políticas, devem legitimar-se pelos seus rendimentos sociais efetivos. Também se justifica pelo custo econômico que representa o exercício dessas funções e da necessidade de ser considerado o melhor nível de gestão dos serviços e a maior atenção às necessidades concretas e reais dos cidadãos e da própria sociedade.

Quanto à mensuração da competência municipal, a Carta Federal de 1988 substituiu a expressão “interesse peculiar” por “interesse local”. O sentido do termo “interesse” expressa conveniência, proveito, vantagem,

benefício, utilidade, lucro, ou pretensão que se baseia ou pode basear-se em um direito.

O interesse local não precisa incidir ou compreender, necessariamente, todo o território do Município, mas uma localidade, ou várias localidades, de que se compõem os mesmos. A Constituição Federal foi feliz ao usar a expressão, já que poderá ser objeto de legislação municipal tudo aquilo que seja da conveniência de um quarteirão, de um bairro ou de um distrito.

Para o publicista Meirelles (1993, p. 602),

o interesse local não se caracteriza pela exclusividade do interesse, mas pela predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União, mesmo porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual ou nacional, vez que a diferença é apenas de grau e não de substância.

Inobstante a divisão de competência entre União e Estado não tenha expressamente mencionado o termo interesse, é indubitável que os mesmos poderão legislar com base em seus interesses, federal e estadual, respectivamente.

Muitas vezes encontraremos interesses locais em choque, quando um ente da federação pretende o desenvolvimento econômico não sustentado ou imediatista, enquanto o outro ente antagonista em interesse, pretende a conservação do meio ambiente.

Em matéria ambiental, incluindo-se obviamente o patrimônio cultural, caberá à União procurar a vantagem de todo o território nacional ou de ecossistemas específicos, tanto no que concerne ao exercício de sua competência privativa, como no exercício da competência para editar normas gerais. Ao procurar a utilidade nacional, não poderá a União prejudicar concretamente o direito dos munícipes à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois tal ocorrendo, a disposição federal merecerá ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

4.4 Limites de atuação dos entes federados

O primeiro limite de ação de cada ente político é o limite territorial da União, dos Estados e dos Municípios, pois somente no seu território é que a Constituição garante os poderes políticos próprios da entidade estatal, sendo inconstitucional a ação de qualquer ente político fora de seus limites territoriais.

O segundo limite que se pode inferir da norma constitucional é o grau de interesse em relação ao bem a ser protegido. A Constituição Federal de 1988 não é explícita quanto à especificação do grau de interesse, pois ao dispor que cabe ao poder público a promoção e a proteção dos bens de interesse cultural, estabelece a concorrência da competência executiva e esta deve ser compreendida a partir da sistemática que deflui de outros princípios constitucionais. Parece evidente que se determinado bem não tem importância para a cultura nacional, falece à União competência para agir na sua proteção por falta de interesse, pois conseqüentemente, esta proteção poderá estar na órbita do interesse do Estado ou do Município.

Por outro lado, nada obsta que ocorra uma ação conjunta dos três entes políticos, o que pode acontecer se determinado bem tiver importância tanto para a União, como para o Estado e o Município, onde poderão agir todos os entes políticos, cada um de *per si*, praticando os atos necessários à proteção do bem.

O ato de proteção de qualquer deles não obsta o do outro ente político, pois poderá haver dois ou mais atos de proteção tantos quantos forem as competências correspondentes aos interesses jurídicos, e nenhum deles, em princípio, eliminará os efeitos do outro. Porém, se os efeitos de cada ação forem diversos, mas compatíveis, incidirão todas as restrições, desde as mais restritivas. Ao contrário, se as determinações de cada um dos entes políticos forem diversas e incompatíveis entre si, aplicar-se-á o princípio de maior interesse, prevalecendo as exigências do ente federal sobre o estadual e, deste sobre o municipal.

Salienta Castro (1991, p. 21-22), que:

[...] a competência executiva concorrente impõe a necessidade de se avaliar o grau de interesse; isto significa que a União terá competência para proteger bens que tiverem importância nacional; os Estados,

bens que tiverem significado regional; e os Municípios, aqueles bens de interesse local. É evidente que, tendo um bem importância nacional, sua importância regional, ou local é quase que, automaticamente, decorrente [...]. Para um determinado bem que tenha importância nacional, fica bastante fácil demonstrar a sua importância regional ou local; mas o inverso pode não ser verdadeiro. Há bens que têm importância exclusivamente regional ou local; nesta última hipótese, apenas o Estado, ou Município terá interesse jurídico em protegê-los; um bem de importância apenas regional será protegido pelo Estado-membro, refugindo à União o interesse da proteção”.

Como se percebe, a cultura de um País não é una e nem uniforme, mas uma composição, um somatório de culturas regionais ou locais, com elos de ligação comuns, o que justifica que um determinado bem pode ter vinculação estreita à cultura de uma região ou de um local e nem por isso passa a ter significado nacional.

O que diferenciamos na repartição de competência é a hipótese de um bem desprovido de importância nacional vir a ser protegido pela União unicamente para suprir a eventual omissão do Estado ou Município, vez que em tal hipótese não existe interesse jurídico para a ação da União por falta de amparo legal.

5 PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

5.1 O inafastável dever municipal de preservação

Conforme já assinalado anteriormente, o patrimônio ambiental cultural é composto dos bens expressamente elencados ou implicitamente apontados na Carta Magna (art. 216, inc. I a V), bens esses de natureza supraindividual, difuso, como difusa igualmente é sua respectiva titularidade de fruição.

Configurando direito fundamental de todo cidadão, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida das gerações presentes e futuras, incumbe irrenunciavelmente ao Poder Público nas três esferas de

governo, a promoção, proteção e preservação do patrimônio cultural.

Em decorrência do princípio da supremacia do interesse difuso sobre os interesses público e privado, compete ao Poder Público os inafastáveis deveres de proteção e preservação do meio ambiente cultural.

A defesa do patrimônio cultural atribuído ao Poder Público não se restringe apenas às funções de promoção, proteção e preservação, mas também passam pelo controle preventivo e repressivo pela Administração Pública, posto que não somente o uso e ocupação do solo estão sob o crivo ordenador, censório e limitador do Poder Público, vez que o controle oficial é estendido a toda e qualquer intervenção, empreendimento, atividade, obra ou serviço potencialmente modificador das características físicas, químicas, bióticas, culturais, estéticas, arquitetônicas, paisagísticas, arqueológicas e antrópicas dos bens do patrimônio ambiental cultural.

A atuação controladora do Poder Público mais se sobressai nas hipóteses de existência de monumentos arqueológicos e pré-históricos, pesquisados ou não, bem como de bens tombados em processos de tombamentos, porquanto quaisquer intervenções potencialmente alteradoras de seus elementos característicos necessitam de prévia e expressa autorização do Poder Público.

Sendo o Poder Público efetivamente responsável direto ou indireto pela promoção, proteção e preservação do patrimônio cultural, nenhum ente governamental encontra-se mais apto para preservar a identidade cultural de uma coletividade que o Município, pois pela sua própria condição, encontra-se com melhores possibilidades de materializar com eficiência o disposto no art. 216, § 1º da Constituição Federal.

Em matéria de proteção ao patrimônio cultural, é no Município que se manifesta a maior possibilidade de implantação da democracia constitucional de preservação da identidade cultural do povo, a fim de que seja cumprido o princípio da dignidade da pessoa humana pelo resguardo da identidade coletiva do povo.

A responsabilidade do Município na promoção, proteção e preservação do patrimônio cultural decorre da interpretação conjunta dos arts. 23, incs. III e IV e 30, inc. IX da Constituição Federal, os quais aludem o dever de vigilância e proteção à municipalidade no tocante aos bens de valor histórico, artístico e cultural, assim como às paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos.

Assim, compete ao Município impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural.

Também é de responsabilidade municipal executar medidas de proteção em atendimento a normas legais de proteção ao patrimônio cultural, policiando a incolumidade das obras de arte e bens históricos, artísticos e culturais.

Não é sem razão que Ackel Filho (1992, p. 55) assinala com bastante precisão que:

o dever de tutela do Município associado às obrigações federais e estaduais no mesmo sentido não se restringe a uma proteção genérica. Exige-se o cuidado específico quanto à preservação de tais bens em seu conteúdo original. A devastação e o vandalismo que, infelizmente, proliferam em nosso País, sem qualquer respeito a esses valores culturais, justificam a preocupação do legislador constituinte, tornando obrigação também do Município a adoção de medidas eficazes no sentido de garantir a incolumidade desses bens, exercendo com rigor o seu poder de polícia no que tange à matéria.

5.2 Participação da Sociedade

A análise do art. 216, § 1º da Constituição Federal permite inferir o importante papel da participação da comunidade, juntamente com o Poder Público, na proteção constitucional ao patrimônio cultural nacional.

O Poder Público, ao formular sua política de preservação ao patrimônio cultural, deverá levar em consideração o entendimento comunitário, pois as formas de promoção, proteção e preservação dos bens culturais devem ser democráticas, participativa e aberta a todos os segmentos sociais, a fim de que se proteja e preserve a memória coletiva plural da Nação.

Por meio da colaboração da comunidade para a promoção e proteção do patrimônio cultural dá-se o exercício da cidadania através da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, de cunho individual ou coletivo embasado no art. 5º da Constituição Federal, entre eles: a livre manifestação do pensamento; direito de resposta; exercício de cultos religiosos; livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de

comunicação; exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão, de atividade associativa ou da função sócio-ambiental da sociedade; utilização, publicação ou reprodução de obras; participação individual em obras coletivas e reprodução da imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas; fiscalização do aproveitamento econômico de obras; direito de obtenção de informação de interesse particular, coletivo ou geral; direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; direito de obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal; exercício do direito de ação, e ao contraditório e ampla defesa; ajuizamento do mandado de segurança, inclusive coletivo, do mandado de injunção, do *habeas-data* e da ação popular constitucional.

5.3 Ações e instrumentos de proteção constitucional

Pela norma constitucional ambiental básica insculpida nos arts 225, *caput c/c* 216, § 1º do Texto Magno, constata-se que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá os bens integrantes do patrimônio cultural por intermédio dos instrumentos tutelares de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

Dentre os recursos empregáveis pela Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em suas ações para a promoção e a proteção dos bens componentes do patrimônio ambiental e cultural podem ser distinguidos aqueles relacionados às fases de conhecimento, registral, fiscalizatória, de tombamento, desapropriatória e saneadora.

A fase de conhecimento corresponde ao primeiro estágio, na qual o Poder Público utiliza diversos meios tendentes a possibilitar a identificação da existência ou não de valores representativos da cultura nos bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, individuais ou coletivos, divisíveis ou não, pertinentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, dentre os quais podem ser citados os inventários, as pesquisas e análises.

O segundo estágio refere-se à fase registral, que pode preceder ou suceder os trabalhos de inventariança e tombamento, em que são

transcritos ou inscritos fatos, atos, expressões, artes, documentos e ocorrências relacionados aos bens de valor cultural.

A terceira fase, a fiscalizatória, é pautada pelo emprego de ações e medidas de vigilância do Estado, uso e gozo dos bens, bem como controle, prevenção e repreensão, através do uso do poder de polícia ambiental-cultural.

A quarta fase é o tombamento, que compreende as ações ou providências tutelares, em caráter provisório ou definitivo, que culminam por espelhar o reconhecimento oficial de valor cultural em bens tangíveis, móveis ou imóveis, naturais ou materializados por intervenção humana que, individual ou conjuntamente considerados, de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas, privadas, públicas ou eclesiásticas, terminam por comportar inscrição em um dos quatro Livros do Tombo instituídos no art. 4º do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, entre eles: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas-Artes e Livro do Tombo das Artes Aplicadas.

A divisão do dever de tomar, entre os três níveis políticos do poder, deve levar em conta a importância do bem conservado no presente e no futuro para o município, estado ou região e para a nação.

O objetivo do tombamento é a conservação e proteção da coisa com sua fisionomia característica, incluindo os monumentos naturais de interesse histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, os objetos de arte e os documentos.

O tombamento provisório pode ter origem em ato administrativo emanado do Poder Executivo, seguido à notificação do proprietário ou entidade sob cuja guarda estiver o bem, expedida em decorrência da abertura do correspondente processo, podendo também originar-se em provimento cautelar jurisdicional por força da concessão de medida liminar por parte do Poder Judiciário.

Consoante determina o art. 10, parágrafo único do Decreto-Lei nº 25/37, a provisoriedade do tombamento tem os mesmos efeitos do tombamento definitivo e prevalece enquanto estiver tramitando o processo de estudo da medida protetiva do bem cultural.

Como bem assinala Machado (1998, p. 754),

um dos meios mais rápidos e eficazes previstos desde 1937 para defender a natureza é o tombamento

provisório. Mesmo antes de se chegar à decisão final, antes de se entrar no mérito se o bem vai ou não ser tombado, passa ele a ser preservado. É um instituto jurídico que merece ser transplantado e inserido em outros setores em que se trata da conservação do patrimônio cultural.

O tombamento definitivo, assim como o provisório, normalmente é instituído por ato emanado da Administração Pública; contudo, pode derivar, de provimento jurisdicional transitado em julgado nos autos de ação coletiva.

Sendo o bem portador de referência à identidade, à ação ou à memória de qualquer dos diversificados grupos formadores da sociedade brasileira, e desde que presentes as condições da ação e demais pressupostos para regular formação processual, não existem obstáculos que limitem ou impeçam o Poder Judiciário de impor ao Governo, sob cominação, obrigação de que se faça a necessária e justificada inscrição de um bem cultural no respectivo Livro do Tombo.

O bem efetivamente tombado, inscrito no respectivo Livro do Tombo, deverá ser preservado, tenha ou não sido levado a registro em Cartório de Títulos e Documentos (bens móveis) ou no Ofício de Registro de Imóveis (bens imóveis), preservação essa que deverá ocorrer mesmo durante todo o processo de estudo de tombamento, posto que expressamente proibido sua destruição, demolição, mutilação ou alteração.

O tombamento, provisório ou definitivo, acarreta para a Administração o dever de proteger o bem, aplicando as sanções administrativas necessárias, como multas, demolição e obrigação de restaurar.

A quinta fase das realizações do Poder Público para a promoção e proteção dos bens ambientais e culturais diz respeito às medidas desapropriatórias, em que são adotados procedimentos e ações visando o desapossamento de bens móveis ou imóveis, mediante pagamento de indenização, com o objetivo de atendimento de interesse difuso ou social ou utilidade pública.

A norma básica reguladora das medidas desapropriatórias é o Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriação por motivo de utilidade pública e que estatui que todos os bens poderão ser desapropriados pela União, Estados, Distrito Federal e

Município, podendo a União desapropriar bens de domínio dos demais entes, enquanto que os Estados podem adotar idêntica providência em relação aos bens dos Municípios, devendo em qualquer hipótese o ato desapropriatório ser precedido de autorização legislativa (art. 2º e seu § 2º).

Dentre as principais hipóteses de utilidade pública para fins de desapropriação, previstas no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41, podemos mencionar: preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; preservação e conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; construção de monumentos comemorativos; e reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária.

A desapropriação para atendimento de interesse social encontra disciplinamento infraconstitucional na Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, elencando no art. 2º as hipóteses motivadoras, entre as quais se incluem: a proteção do solo, de cursos e mananciais de água e de reservas florestais; e utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriadas ao desenvolvimento de atividades turísticas.

A fase saneadora corresponde à sexta e última etapa das ações tutelares do patrimônio ambiental cultural, abrangendo de forma genérica os instrumentos utilizados pelo Poder Público para acautelamento e preservação, abrangendo atos, providências ou ações efetivas que buscam expurgar, eliminar, afastar os riscos de ocorrência de danos e garantir a integridade e perenidade do bem.

A fase de ações saneadoras tem precipuamente objetivo de prevenção, conservação, restauro e preservação. As medidas preventivas em sentido estrito incluem ações de controle, promoção, incentivo e repressão, como advertência, multa, embargos e outras. As medidas preventivo-reparatórias podem ser subdivididas em: conservação e restauro. As ações de conservação visam à manutenção do bem ao seu estado natural anterior, sem alterações de ordem física, química ou biótica, podendo incluir obras ou serviços que não alterem os elementos característicos do bem. Por sua vez, as ações de restauro objetivam o restabelecimento, recuperação, recomposição ou a reconstituição parcial e total do bem cultural.

6 CONCLUSÃO

O estudo da tutela do patrimônio cultural pelo município deixa claro e evidente que em matéria de proteção aos bens culturais é no município que se manifesta a maior possibilidade de implantação da democracia constitucional de preservação da identidade cultural de uma coletividade.

Em decorrência de o sistema jurídico de proteção e preservação do patrimônio cultural no Brasil encontrar-se constitucionalizado, compete ao município o dever de tutela, vigilância e proteção aos bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como a obrigação de impedir a destruição e a descaracterização de obras de arte e bens de valor cultural.

Ao Poder Público Municipal compete não somente o cumprimento de obrigações claras e inequívocas de zelo ao patrimônio cultural, mas principalmente a implementação de medidas preventivas no campo da pesquisa e identificação dos bens culturais que estarão a necessitar no futuro próximo de proteção e preservação.

Sem dúvida alguma, a proteção do patrimônio cultural encontra no tombamento um dos meios mais adequados de sua valorização, sendo que o conceito de atributos notáveis para sítios ou monumentos a serem tombados deve assegurar a perenização de um testemunho de cultura para proveito das atuais e futuras gerações.

Diante da trágica realidade que se aproxima, a não conservação do nosso patrimônio cultural impõe cada vez mais aos Poderes Públicos, e em especial ao Município, o dever de utilizar-se de todos os instrumentos de promoção e proteção dos bens componentes do patrimônio ambiental cultural, sob pena de perdemos nossa identidade e memória nacional, regional e local.

REFERÊNCIAS

ACKELFILHO, Diomar. **Município e prática municipal**: à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 327 p.

CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 161 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 894 p.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 679 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 602 p.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 932 p.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 768 p.

OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS DE CONSUMO EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Herberth Costa Figueiredo**

Resumo: Este artigo visa a fazer uma incursão sobre as simetrias e assimetrias existentes entre os princípios sociais concebidos no Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 dentro da ótica da Nova Teoria Social dos Contratos e da hermenêutica constitucional, de maneira a promover a Justiça Social, proteger o contratante economicamente mais vulnerável e fazer prevalecer os princípios norteadores da ordem econômica consagrados, dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito, pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Princípios sociais e relações contratuais. Função social do contrato. Cláusulas abusivas. Ordem econômica.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade precípua abordar de forma clara e objetiva a importância dos princípios sociais para a formação da nova teoria contratual do Estado Moderno.

O tema será desenvolvido de forma sistemática e analógica, de maneira a demonstrar os pontos de convergência e divergência, assim como os aspectos complementares entre os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material concebidos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil.

Para uma melhor compreensão do artigo será inicialmente realizada uma abordagem histórica sobre as relações contratuais, assinalando a longa evolução da teoria dos contratos, desde a fase liberal e individualista dos negócios jurídicos até a fase da sociabilidade, quando, a partir de então, os contratos passaram a desempenhar sua função social dentro da sociedade.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional.

Com o propósito de facilitar a compreensão dos princípios sociais preconizados no Código Civil de 2002, será dada ênfase a seus aspectos sociológicos, destacando-se a função socioeconômica dos contratos.

Será também objeto de estudo a teoria da imprevisão, as cláusulas abusivas e os contratos de adesão, tendo em vista que para a aplicação do princípio da vedação da onerosidade excessiva é imprescindível corrigir os desequilíbrios supervenientes ao sinalagma contratual e evitar que a parte economicamente mais vulnerável nas relações contratuais seja lesada com estipulações unilaterais de fornecedores.

Na parte final do artigo, será abordada a questão da interpretação e aplicação dos princípios sociais dos contratos de consumo em face do novo Código Civil, procurando-se a melhor forma de harmonizar o sistema especial das normas do direito de consumo não somente com o regime contratual instituído pelo direito privado, mas também com o sistema econômico-social idealizado pela Constituição Federal.

2 HISTÓRICO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Desde os primórdios da sociedade humana, os indivíduos estabelecem relações entre si, a fim de atender suas necessidades de consumo. Inicialmente surgiu a idéia de paridade na atividade contratual através do sistema de trocas, e logo após, os negócios foram impulsionados pelo surgimento da moeda, que consolidou o mercado de consumo, evoluindo e acompanhando as necessidades sociais.

As relações de consumo, como qualquer fenômeno social, impuseram a necessidade de regulamentação jurídica, principalmente quando do apogeu do liberalismo, passando a ser regidas pelas idéias contratuais alicerçadas na autonomia da vontade e obrigatoriedade do vínculo (Teoria Clássica dos Contratos).

Os séculos se passaram e vários movimentos sociais, políticos e econômicos se deflagraram, os mercados desenvolveram-se e deram lugar ao surgimento do mercado diferenciado nas relações negociais, fazendo surgir o mercado de consumo.

Várias foram as escolas filosóficas que se destinaram ao estudo das gêneses da atividade contratual, como a Escola Contratualista, que erigiu

os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo ao defender o contrato como produto do consenso e da fé jurada; a Escola do Direito Natural, de Puffendorf e Pothier, tratando o contrato como acordo de vontade que se torna lei entre as partes; e a Moderna Concepção, que vê o contrato a partir de uma ótica que consolida a vontade como fonte dos efeitos jurídicos do ajuste, através do binômio autonomia da vontade mais obrigatoriedade.

Com o final da segunda grande guerra e o surgimento das grandes potências mundiais, divididas entre dois blocos liderados pelos Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, as relações negociais incrementaram-se e se especializaram, principalmente as relações de consumo, que com o apogeu do capitalismo passou a requerer uma regulamentação que atendesse às suas peculiaridades.

Surge assim a preocupação com a teoria dos contratos tal como desenvolvida à época do liberalismo, posto que a impulsão nos negócios e crescimento exacerbado do consumo, propiciada pela derrocada do socialismo e pela ascensão capitalista, fez aflorar uma nova exegese à tradicional teoria contratual. Passou-se a questionar quais os reais limites dos até então inatacáveis princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*).

Como bem lembra Zaghetto Gama (2001, p. 8),

o consumismo anterior à primeira grande guerra mundial gerou notáveis modificações nas expectativas dos adquirentes dos bens e dos serviços. O alargamento das ofertas na fase do industrialismo trouxe, para os consumidores, padrões de exigências quanto às qualidades, os volumes e as utilidades dos bens e serviços a eles ofertados. O avanço das comunicações sociais e os fenômenos de escassez das primeira e segunda grandes guerras mundiais vieram a despertar o consumidor para as necessidades de valorizar a si mesmo e o seu dinheiro ou o seu tempo dispendidos, quando adquirem ou quando se dispõem a sorver das utilidades dos bens que lhes são ofertados.

As relações de consumo passam a ser alvo de um novo enfoque voltado para a percepção das particularidades atinentes aos negócios

contratuais, consistentes no desequilíbrio natural existente entre as partes contratantes, deflagrado por um pólo hipersuficiente em detrimento de um hipossuficiente.

Dessa forma, passou-se a questionar o que vem a ser realmente o livre consentimento perfazedor do vínculo contratual válido: se apenas a manifestação de vontade ou se a manifestação de vontade livre de qualquer espécie de coação ou pressão, uma vez que com o surgimento da teoria da vontade racional, a autonomia da vontade só se manifesta de modo válido, se o consentimento for realmente autônomo, surgido de uma relação que se demonstre paritária a partir da situação das suas partes.

O reconhecimento e a conscientização acerca da desigualdade entre as partes da relação de consumo, consumidor e fornecedor, deslocam o ponto de abordagem para o questionamento acerca da abrangência dos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, uma vez que as partes continuam sendo livres para pactuarem o que lhe aprouver, pois o contrato não perde o seu caráter obrigatório; apenas a ordem pública se exalta com a finalidade de assegurar eficácia à atividade contratual.

Das teorias liberalistas e da concepção tradicionalista do contrato, que protegiam apenas a liberdade dos contratantes em firmarem o vínculo contratual, passa-se a uma evolução do conceito dos princípios contratuais, tutelando-se a instrumentalização social do contrato erigida a partir da asseguaração de paridade entre as partes contratantes, pela qual não importa apenas a manifestação de vontade das partes, mas também os efeitos do contrato na sociedade.

Em busca do equilíbrio econômico, a lei limita-se à autonomia da vontade pela função do interesse social, de maneira a fornecer às relações de consumo ordem e segurança às práticas econômicas, tornando dinâmica e justa o vínculo obrigacional entre fornecedor e consumidor.

Observa-se um embate entre a equidade, a segurança e a boa-fé com a autonomia volitiva irrestrita, optando-se na linha da nova teoria contratual por se definir uma noção de equilíbrio mínimo, valorizando-se o sinalagma, a justa proporcionalidade e a comutatividade inerente à própria atividade contratual de consumo.

A constatação da desigualdade entre as partes contratantes em relação de consumo enseja a necessidade de uma intervenção do Estado nas relações contratuais, com o objetivo de diminuir as discrepâncias

existentes entre as partes, velando pela igualdade e equilíbrio das relações consumeristas.

Como se constata, a teoria contratual passa por transformações em sua interpretação doutrinária, a fim de se adequar às novas exigências sociais, pois o contrato se socializa com o fito de propiciar aos contratantes a consecução dos objetivos almejados desde os primórdios da atividade contratual, qual seja, a segurança jurídica, que somente será atingida com o pleno equilíbrio entre as partes perfazedoras do vínculo.

3 ASPECTOS AXIOLÓGICOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Se perpassarmos uma visão detalhada sobre os 2.046 artigos que compõem o Código Civil de 2002, percebe-se que sua estrutura filosófica encontra-se apoiada em quatro pilares básicos: eticidade, sociabilidade, operosidade e sistematicidade.

A eticidade é princípio que está posto no novo Código Civil com grande intensidade, uma vez que se encontra preconizado no art. 113 que *“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”*.

A boa-fé, princípio ético, é exigida como sendo uma norma cogente de interpretação dos negócios jurídicos, ou seja, é um estilo exigido do intérprete e do aplicador da lei que não pode ser afastado.

A eticidade exigida pelo Código Civil de 2002 está, também, presente em parte do art. 422, ao exigir a obediência ao princípio da probidade, ao lado da boa-fé, pelos contratantes quando da conclusão do contrato, bem como na sua execução.

Para Reale (1999, p. 9), a eticidade é o espírito do novo Código Civil, que servirá para estabelecer uma nova ordem hermenêutica, conferindo ao juiz a atribuição de pautar as suas decisões com uma carga maior de valores éticos tendo *“o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”*.

O novo Código Civil, ao determinar que a aplicação de suas normas siga, rigorosamente, os valores éticos, está contribuindo para que sejam instaurados relacionamentos entre os cidadãos pautados na absoluta igualdade entre a prestação e a contraprestação; que o mérito e a dignidade sejam

valorizados e que o direito privado abra caminhos para a realização do bem-comum.

A eticidade do novo Código Civil visa a imprimir eficácia e efetividade aos princípios constitucionais da valorização da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da boa-fé e da honestidade nas relações jurídicas de direito privado.

A sociabilidade, como segundo pilar do novo Código Civil, caracteriza-se como uma reação ao individualismo que marcou o Código Civil de 1916. Na nossa Carta Magna de 1988, esse princípio está expresso nos arts. 5º, inc. XXXII e 170.

A adoção pelo novo Código Civil da função social visa a inserir nas relações de direito privado esse valor que se constitui como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme previsão contida no art. 3º, inc. III da Constituição Federal.

A característica da sociabilidade é marcante no novo Código Civil ao regular o contrato, a propriedade e a posse.

O novo Código Civil também encontra-se sustentado na força de sua operabilidade, ou seja, a norma tende a se apresentar com conteúdo de operabilidade, isto é, que além de existir, seja realmente, válida, eficaz e efetiva.

O Código introduziu novos conceitos de operabilidade para o Poder Judiciário, ao estender ao Juiz mais poderes para atuar no processo, de forma mais ampla e livre, na busca efetiva da solução do conflito.

Por fim, o quarto pilar a sustentar o Código Civil é a sistematicidade, ou seja, que a estrutura codificada retrate uma unidade lógica e conceitual, facilitando a compreensão integral das regras que compõem o ordenamento.

O novo Código Civil apresenta-se em forma de sistema vinculado a dois pólos: um formado em eixo central; o outro concentrado em sistema aberto. O primeiro, tem sua construção inspirada na Constituição Federal e suas razões florescem dos princípios da valorização da dignidade humana, da cidadania, da função social da propriedade, da ética dos negócios jurídicos, de respeito e da proteção à família, na valorização do trabalho e demais valores que contribuem para impor paz ao ambiente social. O segundo sistema é retratado pela opção do legislador em adotar as denominadas cláusulas gerais ou abertas, na qual o juiz entra com a responsabilidade de complementá-las e torná-las mensagens definidas em face de situações fáticas concretas.

4 PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS

Em relação aos princípios informadores do contrato, são notáveis as ligações simétricas existentes entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, tendo em vista que ambos pretendem realizar o ideário do Estado Social, distanciando-se do individualismo acentuado que marcou o Código Civil de 1916, que era fruto do contexto histórico e ideológico do liberalismo que imperou durante o Século XIX e início do Século XX.

A diretriz da socialidade do novo Código Civil contribui para estabelecer a força crescente dos princípios contratuais típicos do Estado Moderno ou Estado Social, uma vez que se encontra fundada nos princípios da função social do contrato; princípio da boa-fé objetiva e princípio da equivalência material do contrato ou da onerosidade excessiva.

No Código de Defesa do Consumidor os princípios estão preconizados no art. 4º, quando este trata do Sistema Nacional das Relações de Consumo, adotando como classificação para o princípio da função social a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, como princípio da boa-fé, a transparência e a informação. E como princípio da equivalência material, a vulnerabilidade, a harmonização dos interesses e o equilíbrio nas relações contratuais.

O Código de Defesa do Consumidor, ao se reportar às cláusulas abusivas (art. 51 CDC), especifica o princípio da boa-fé e expressões enquadráveis no princípio da equivalência material, como equidade, equilíbrio contratual e justo equilíbrio entre direito e obrigações das partes.

O novo Código Civil refere-se expressamente à função social do contrato (art. 421) e consagra a boa-fé objetiva como condição *sine qua non* para a conclusão e execução dos contratos (art. 422).

No que se refere ao princípio da equivalência material, o novo Código Civil, ao disciplinar, nos arts. 423 e 424, o contrato de adesão, estabelece a interpretação mais favorável ao aderente, ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Cumprir enfatizar que os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais ou que predominaram no Estado Liberal, como o princípio

da autonomia privada, o princípio de *pacta sunt servanda* e o princípio da eficácia relativa apenas às partes no contrato ou da relatividade subjetiva, pois apenas limitam seu alcance e conteúdo.

O certo é que não se pode negar a importância dos princípios sociais como norteadores da nova teoria contratual, vez que com o advento do novo Código Civil adquiriram uma função muito mais aproximadora do que assimétrica em relação ao já promulgado Código de Defesa do Consumidor. A nova tendência é o desaparecimento progressivo da distinção entre os regimes jurídicos dos contratos comuns e os contratos de consumo, especialmente no que concerne aos seus princípios e fundamentos básicos.

5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado Social, caracterizado de forma explícita pelo art. 170 da Constituição Federal, ao estabelecer que toda atividade econômica, incluindo o contrato que é um instrumento seu, está submetida à primazia da justiça social.

Como bem enfatiza Netto Lôbo (2002, p. 191), “não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado Social; enquanto houver Estado Social haverá função social do contrato”.

A Constituição Federal não se referiu de forma explícita à função social do contrato, mas condicionou o exercício da atividade econômica à observância do princípio da função social da sociedade (art. 170).

De fato, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular, pois enquanto a propriedade é o segmento estático da atividade econômica, o contrato é o seu segmento dinâmico.

O contrato tem como uma de suas funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade, pois se a esta não mais é reconhecido o caráter absoluto e sagrado como direito natural e inviolável do indivíduo, ao contrato se reconhece que ele desempenha na vida social função que ultrapassa os meros interesses individuais.

A atribuição da função social do contrato é reflexo do fenômeno chamado de funcionalização dos direitos subjetivos. Em face desse fenômeno, o poder subjetivo de contratar e a forma de seu exercício são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder, tendo em vista certa finalidade, ou a atribuição de um poder que se desdobra com o dever, posto que concedido para satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, mas também dos interesses alheios ou meta-individuais.

O contrato representa a veste jurídica das operações econômicas, pois sua função primordial consiste em instrumentalizar a circulação da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro, ou seja, a constituição econômica de uma sociedade não é matéria de interesse individual ou particular, posto que atinge e interessa a todos, sendo que o contrato exerce sua função social quando se destina a propiciar a circulação de riqueza, proporcionando segurança ao tráfego do mercado e às relações jurídicas.

No novo Código Civil, a função social surge relacionada à liberdade de contratar, como seu limite fundamental, não como limite externo ou negativo, mas como limite positivo, posto que está previsto expressamente no art. 421 que: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

Como se percebe, a função social do contrato foi inserida no Código Civil de 2002, não como mero princípio, mas, assim como a boa-fé objetiva, como uma verdadeira cláusula geral, com a função precípua de restringir a liberdade contratual absoluta.

Entende-se como cláusula geral a norma que impõe ao juiz o dever de, no momento de fazer sua aplicação, determinar previamente qual a norma de conduta que deveria ter sido observada naquele caso, fazendo a avaliação da conduta em função da regra que ele cria para aquela situação, examinando se as condutas estão de acordo com a norma de dever assim criada para aquele caso concreto.

“O princípio da função social do contrato harmoniza-se com a modificação substancial relativa à regra básica de interpretação dos negócios jurídicos introduzida pelo art. 112 do novo Código Civil, que abandonou a investigação da intenção subjetiva dos figurantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível, ainda que contrarie aquela”. (NETTO LÔBO, 2002, p. 192).

6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Na moderna concepção da função social do contrato delineada pelo Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, a boa-fé não mais se localiza no plano subjetivo da formação do consentimento, pois se deslocou para o plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações.

A teoria dos vícios de consentimento, sustentada pela boa-fé subjetiva não desapareceu, pois o que houve foi a abertura para o reexame objetivo da base econômico-jurídica do contrato a ser feito, em nome da equidade, a partir de análise das cláusulas negociais avençadas.

A concepção objetiva da boa-fé prende-se ao regime atual da sociedade de consumo e ao regime atual das contratações de massa, cujas condições contratuais são pela própria conjuntura, fruto de regras unilaterais impostas pelo contratante que detém o controle do negócio. Predominam as condições gerais, e os contratos são, via de regra, de adesão, sem possibilidade da normal e prévia discussão de condições entre as partes.

A disciplina legal do contrato preocupa-se com o relacionamento entre os elementos objetivos, exteriores e socialmente reconhecidos, e os atos pelos quais os negócios se consumam, muito mais do que os elementos psicológicos pessoais.

A boa-fé objetiva não é outra coisa senão o velho princípio da lealdade processual com nova roupagem, pois não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade, honestidade e retidão, a fim de que o contrato atinja a função social que lhe é cometida.

O Código de Defesa do Consumidor permite a revisão do contrato não por ter o consumidor incorrido em vício de consentimento (erro, dolo, coação), mas por conter o negócio, objetivamente, estipulação contrária ao que, normalmente, se convencionaria num ajuste equitativo e equilibrado, segundo a concepção mediana do ambiente social em que o pacto se firmou.

A revisão do contrato ocorrerá não pelo simples objetivo de alterar o contrato, nem tampouco de melhorar as condições contratuais em benefício do consumidor, mas pela necessidade de restabelecer aquilo que é o padrão moderno da autonomia da vontade, ou seja, o restabelecimento da justiça e da utilidade do pacto, através da recomposição da economia contratual, buscando manter o chamado sinalagma funcional do contrato (o equilíbrio

deve ser mantido no curso da execução) que, por vezes, se afasta do sinalagma genético. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 22-23).

A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa preconstituída, mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador.

Assim, cabe ao magistrado, no caso concreto, a aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva, concretizando o enunciado do art. 422 do novo Código Civil por meio da aplicação de preceitos, máximas de condutas e princípios presentes não só no próprio Código Civil, mas também em outros diplomas legais, inclusive na própria Constituição Federal.

Para Theodoro Júnior (2004, p. 24-25), “Não se consegue o equilíbrio e a equidade do contrato sem passar-se necessariamente pelo princípio da boa-fé objetiva, ou seja, que as relações contratuais representem um compromisso expresso ou implícito de fidelidade e cooperação, de modo a alcançar a concepção leal do vínculo e das expectativas que despertam” (confiança).

7 PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses.

Também chamado de princípio da proibição da onerosidade excessiva, esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando se as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.

O que interessa não é mais a exigência cega do cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente segundo as regras da experiência ordinária.

O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do

equilíbrio dos direitos e deveres entre elas, ou seja, os contratantes ainda se encontram adstritos ao cumprimento rigoroso do convencionado, desde que as circunstâncias do adimplemento se conservem inalteradas no momento de sua execução, idênticas às que vigoravam no momento da formação do vínculo contratual.

Como se observa, o princípio da equivalência material rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte. (NETTO LÓBO, 2002, p. 192).

Esse princípio abrange o princípio da vulnerabilidade jurídica de uma das partes contratantes, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor encontra-se voltado ao equilíbrio e à equidade dos contratantes, razão pela qual o novo Código Civil determina nos arts. 478 a 480 que se resolva o ajuste ou diminuam-se as prestações naqueles contratos em que eventos supervenientes acarretem ônus excessivo para um dos contratantes.

O princípio da equivalência material desenvolve-se sob os aspectos subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em consideração a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade, pressupondo como parte mais fraca da relação contratual, o trabalhador, o inquilino, o consumidor e o aderente do contrato de adesão. Sob o aspecto objetivo, considera-se o real desequilíbrio de direitos e obrigações contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem à onerosidade excessiva a uma das partes.

Para que seja aplicado o princípio da vedação à onerosidade excessiva, restabelecendo-se o necessário equilíbrio entre as partes contratantes, devem estar presentes os seguintes requisitos: vigência do contrato de execução diferida ou sucessiva¹; alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o

¹ De Plácido e Silva, define em seu Vocabulário Jurídico os contratos de execução diferida ou sucessiva como aqueles que estabelecem prestações periódicas a serem cumpridas por uma das partes ou pelos contratantes, segundo as cláusulas instituídas.

ambiente objetivo no momento da celebração; onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; e imprevisibilidade da modificação contratual em face de acontecimentos extraordinários.

Por fim, cumpre assinalar que inobstante o teor do art. 478 do Código Civil de 2002, a aplicação do princípio da vedação à onerosidade excessiva pelo juiz terá cabimento tanto nos contratos comutativos, ou seja, naqueles contratos em que as prestações de cada uma das partes estejam pré-definidas, como nos contratos aleatórios, posto que em ocorrendo circunstâncias totalmente imprevisíveis às partes no momento da contratação, acarretando notório enriquecimento aos contratantes e demasiado ônus ou prejuízo ao outro, não resta outra solução a não ser a resolução do contrato ou a modificação das prestações expostas ao contratante prejudicado².

7.1 Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão é a roupagem atual da antiga cláusula *rebus sic stantibus* do direito medieval e que deu origem ao princípio da vedação à onerosidade excessiva, segundo a qual subsistem as avenças contratuais desde que se mantenham estáveis as condições gerais econômicas em cujo ambiente foram geradas.

O Código de Defesa do Consumidor preocupado com a ordem pública e o interesse social não pode transigir com o desequilíbrio contratual, nocivo à parte vulnerável nas relações de consumo, razão por que no art. 6º, inc. V, tutela eventos supervenientes à avença contratual que tenham o condão de desequilibrar o que havia sido aceitavelmente ajustado, trazendo excessiva onerosidade ao consumidor, autorizando, assim, a revisão do primitivo contrato, a fim de se restabelecer a igualdade na contratação.

A revisão autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor destina-se a restabelecer aquilo que é o padrão moderno da autonomia da vontade, segundo o critério de restabelecimento da justiça e da utilidade do pacto, através da recomposição da economia contratual, buscando manter o

² Para De Plácido e Silva, os contratos comutativos são aqueles em que há entre os contratantes equivalência exata entre prestações e contraprestações e que se opõem aos contratos aleatórios, pois estes são contratos cujo cumprimento ou adimplemento da obrigação, seja por uma das partes ou por ambas, constituem um risco ou um jogo, dependente da evidência, ou não, de acontecimento incerto.

sinalagma funcional do contrato, ou seja, o equilíbrio do contrato não apenas quando de sua celebração, mas principalmente no curso de sua execução.

Para ocorrer a revisão do contrato, nos moldes da teoria da imprevisão, é necessário que aconteça um evento extraordinário e imprevisível ensejador da onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro face ao desequilíbrio das prestações recíprocas. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 34).

Portanto, não se concebe a inovação da teoria da imprevisão pelo consumidor que se baseia apenas em dificuldades pessoais para cumprir o contrato bilateral já inteiramente adimplido na parte relativa ao fornecedor, pois sem fato extraordinário a prejudicar o devedor e sem locuplemento por parte do credor, não há que se cogitar de revisão contratual por onerosidade excessiva e muito menos em resolução do contrato.

O novo Código Civil Brasileiro dispõe de maneira expressa nos arts. 478 a 480 da resolução por onerosidade excessiva, como forma de aplicar a teoria da imprevisão. O contrato poderá ser resolvido, por iniciativa do devedor, desde que concorram os seguintes pressupostos: *o contrato deve ser de execução continuada ou diferida e, naturalmente, não pode ter sido já totalmente cumprido; a prestação prevista deve ter se tornado excessivamente onerosa para uma das partes e extremamente vantajosa para outra; e a quebra da comutatividade entre as prestações há de ter sido fruto de acontecimento extraordinário e imprevisível.*

A teoria da imprevisão não se equipara ao caso fortuito ou força maior, porque não se refere a uma impossibilidade total para o contratante de cumprir sua prestação, mas leva em conta a quebra da bilateralidade provocada por uma excessiva dificuldade ou onerosidade para o cumprimento das prestações estipuladas; e, por força do princípio da boa-fé impõe-se recompor a bilateralidade do contrato cuja ruptura foi provocada por acontecimento extraordinário que excedera qualquer previsão do devedor.

7.2 Cláusulas Abusivas

São cláusulas identificadas como aspecto patológico dos contratos e que excedem limites, sendo fruto do novo contrato da sociedade complexa de massa, sendo lícito ao Estado intervir nessa relação privada limitando a liberdade contratual.

As cláusulas abusivas podem estar presentes nos contratos paritários ou de adesão, entretanto, em face da predominância deste último nas atividades econômicas, os mesmos se tornaram padronizados para regerem as relações típicas da sociedade capitalista.

Conforme se verá mais adiante, os contratos de adesão se apresentam como uma modalidade contratual em que realmente não há modificações pelo aderente, sendo elaborado tão-somente pelas mãos do proponente, razão por que é de praxe serem detectadas nos pactos de adesão cláusulas abusivas, uma vez que o próprio modo de sua formação favorece a possibilidade de o predisponente exceder-se no acautelamento de seus interesses, introduzindo entre as cláusulas pré-elaboradas algumas que ferem frontalmente os direitos dos aderentes.

Não é sem razão que em seu artigo científico, Daniela Ferreira (2004, p. 187) assinala que talvez o principal motivo que leve ao excessivo número de cláusulas abusivas nos contratos de adesão resida no fato da superioridade econômica do estipulante, pois não é raro que contratos em massa contenham disposições que exonerem os predisponentes de deveres e obrigações.

O critério que pode ser utilizado como parâmetro para se detectar se determinada cláusula é abusiva é o desequilíbrio significativo que sua inserção exerce na relação jurídica, posto que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico e restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, ameaçando o objeto e o equilíbrio contratual.

O Código de Defesa do Consumidor consagra, no art. 47, o princípio da isonomia real, estabelecendo que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, não somente nas cláusulas ambíguas ou obscuras, mas sim em todo o contrato.

Considera o Código de Defesa do Consumidor as cláusulas abusivas como nulas de pleno direito, presumindo-se como abusivas todas as cláusulas que, se aceitas, poderiam colocar o consumidor num plano de inferioridade na relação contratual, prejudicando ou inviabilizando o exercício pleno de seus direitos. Isso ocorre quando a vantagem contratual conferida ao fornecedor: *ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio*

contratual; mostra-se excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (art. 51, § 1º CDC).

Como se observa, em nome do princípio da boa-fé, o Código de Defesa do Consumidor procura aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo equitativo, seja reequacionando as prestações, seja eliminando as cláusulas abusivas.

No que se reporta à nulidade de uma cláusula contratual abusiva, dispõe o art. 55, § 2º do Código de Defesa do Consumidor que quando for possível isolar cláusula abusiva do contexto contratual, a nulidade fica restrita a seu próprio conteúdo, cabendo ao juiz proceder a uma revisão do contrato para preservá-lo, sempre que possível (princípio da conservação ou manutenção do contrato). No entanto, se pela eliminação da parcela abusiva, se tornar desequilibrada de forma irremediável a relação contratual, é que se terá de optar pela completa resolução do negócio.

As cláusulas abusivas também mereceram tratamento específico no novo Código Civil, prevendo nos arts. 423 e 424 que os contratos que desfavorecem o contratante, colocando-o numa posição de excessiva desvantagem em decorrência da necessidade de interpretação de uma ou mais cláusulas que o desequilibrem, são abusivas e merecem tutela legal.

7.3 Contrato de Adesão

O Código de Defesa do Consumidor define explicitamente no art. 54, “*caput*”, os Contratos de Adesão como “*aqueles cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*”.

Como se observa, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão.

Atualmente, com a difusão das relações de consumo, os contratos

de massa se tornaram em regra frutos de estipulações unilaterais dos fornecedores, não propiciando aos consumidores uma discussão individual das cláusulas e condições de cada operação, segundo os padrões clássicos do princípio da autonomia plena de vontade.

Nenhuma lei proíbe a adoção pelos fornecedores de contratos uniformes ou submetidos a condições gerais unilateralmente estipulados, vez que é um imperativo da ordem econômica vigente. O que as leis de proteção ao consumidor fazem é apenas impedir que o contrato de adesão sirva para a imposição de cláusulas abusivas e iníquas.

Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor assinalam com bastante precisão que “a proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, importância que se avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais”. (GRINOVER et al, 1998, p. 365).

Não há dúvida de que o emprego difundido de contratos *standard* constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, vez que funciona como decisivo fator de racionalização e de economicidade da actuação empresarial.

As cláusulas abusivas que cumprem eliminar dos contratos de adesão referem-se a problemas como os de imposição de ônus excessivos; falta de informações sobre negócios ou sobre os bens; redação equívoca de cláusulas; fixação de sancionamentos indevidos ou desproporcionais; transferência de responsabilidade do disponente e outras situações desfavoráveis. No plano formal, os desconfortos para os consumidores se prendem a cláusulas de leitura impossível, a formulários lacônicos e muitas vezes ininteligíveis, obscuros e de termos dúbios.

No regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública e o interesse social de proteção ao consumidor, podendo ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, uma vez que as normas de ordem pública são insuscetíveis de preclusão.

8 CONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS COMUNS E DE CONSUMO

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor atuam sobre universo distinto, pois enquanto o primeiro é uma lei geral, que se destina a regular toda a convivência jurídica de ordem privada, o segundo é uma lei especial impregnada do caráter de ordem pública, que se destina a tutelar um segmento da ordem econômica, as relações de consumo, qualificado pela hipossuficiência.

Como lei especial, o Código de Defesa do Consumidor não sofreu revogação nem derrogação com o simples advento da lei geral no novo Código Civil, pois a lei nova que estabelece disposições gerais especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2º, § 2º da Lei de Introdução).

O Código Civil de 2002 trouxe consigo, uma década após o advento do Código de Defesa do Consumidor, dois importantes princípios sociais do contrato voltados à constitucionalização do direito civil e que melhor reproduzem os valores existentes na sociedade. São eles: a justiça social do contrato, no sentido de que o interesse social preponderará sobre o individual sempre que houver conflito e a boa-fé objetiva como norma de conduta a ser obrigatoriamente observada na *lex contractus*.

No Estado Social de Direito, a proteção ao consumidor não é dado isolado que se justifica apenas pela necessidade de se tutelar o contratante débil, como também na preocupação institucional de ordenar um sistema econômico social e de vinculá-lo ao processo de desenvolvimento econômico da sociedade.

Não se pode ver a lei protetiva do direito do consumidor fora do contexto criado pela Constituição para assegurar a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, vez que o contrato de consumo não se afastou das linhas clássicas que definem sua função social de proporcionar com segurança a circulação das riquezas, atendendo harmonicamente o interesse tanto dos produtores como dos consumidores.

A função social desempenhada pelo contrato de consumo produz reflexos no meio social, ultrapassando o relativismo do relacionamento entre credor e devedor e se projeta no âmbito de toda a comunidade.

A lei de consumo protege o lado ético das relações entre fornecedor e consumidor, mas sua função social se desenvolve, de praxe, no expurgo do mercado inconveniente que pode inviabilizar o desenvolvimento econômico, harmonioso e profícuo, tornando-o instrumento de dominação e prepotência.

Protege-se o consumidor para que a economia de mercado seja a mais sábia e a mais desenvolvimentista, dentro do ideal econômico da livre concorrência e do ideal social do desenvolvimento global da comunidade.

Inobstante o Código Civil de 2002 consagrar como princípio da teoria do contrato a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e a sua submissão aos efeitos da revisão contratual para o reequilíbrio da sua equação econômica, seu regime geral não pode ser absorvido pela ideologia do Código de Defesa do Consumidor, em face deste conferir maior proteção ao consumidor por reconhecê-lo como contratante fraco, bem como pelo fato do Código Civil não poder conviver com um sistema de nulidade tão extensa como o Código de Defesa do Consumidor, porque isso certamente traria uma desestabilização do negócio jurídico dos contratos.

Assim, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva que exige a correção de conduta dos contratantes é a mesma tanto no microssistema das relações de consumo como no macrossistema regulado pelo Código Civil, diferenciando-se pelo fato do Código de Defesa do Consumidor partir do pressuposto de que o consumidor é sempre a parte fraca e vulnerável do contrato, bastando que seja desvantajoso para ele para que o ajuste se considere abusivo no contrato invalidado. Já nos contratos civis, não se vislumbra a princípio qualquer desequilíbrio implícito entre os contratantes, pois os abusos cometidos na pactuação deverão ser apurados *in concreto*, averiguando-se o prejuízo antiético porventura imposto por um contratante a outro.

Dessa forma, é possível atacar o contrato civil por transgressão aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, mas não da forma direta e automática, prevista no Código de Defesa do Consumidor, posto que não há presunção de abuso no campo genérico das relações presididas pelo Código Civil, tendo o contratante prejudicado que provar o vício do negócio, como por exemplo, a quebra *in concreto* da ética negocial praticada por uma parte contra a outra.

9 CONCLUSÃO

O estudo dos princípios sociais dos contratos de consumo em face do novo Código Civil deixa evidente que as inovações trazidas pelo mesmo para as relações contratuais comuns se coaduna melhor com a ideologia socioeconômica do sistema constitucional, vez que contemplou explicitamente a função social do contrato como reflexo da funcionalização dos direitos subjetivos e instrumento de circulação de riqueza.

Observou-se, segundo a nova teoria contratual, que o contrato, para adequar-se à objetividade e impessoalidade do moderno sistema das relações econômicas, transformou-se em um instrumento da atividade econômica, autônomo em relação à vontade psicológica e subjetiva das partes, tendo em vista os interesses sociais e coletivos que busca tutelar.

Entendo que a entrada em vigor do Código Civil de 2002 não ocasionará nenhum prejuízo aos consumidores, em face não somente dos pontos de convergência e complementação existentes entre as duas legislações que poderão ser aplicadas supletivamente em favor dos consumidores, como também pelo fato de em havendo divergência ou conflito entre os princípios sociais, deva prevalecer o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de lei específica que melhor atende as relações de consumo entre fornecedores e consumidores.

Cumprе enfatizar que inobstante as pequenas assimetrias existentes entre os princípios sociais concebidos no Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, a tendência no mundo dos negócios jurídicos será no sentido do desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e de consumo, tendo em vista que o papel e os fundamentos básicos dos princípios sociais são os mesmos, quais sejam, o de promover a justiça social e proteger o contratante vulnerável dentro da moderna concepção do Estado Democrático de Direito.

É indubitável, diante da massificação das relações de consumo da sociedade brasileira, que os princípios da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material, assumam cada vez mais, maior importância na interpretação e aplicação dos contratos, legitimando a intervenção estatal na atividade econômica para fazer prevalecer os princípios norteadores da ordem econômica consagrados pela Constituição Federal e defender os consumidores contra todas as estipulações abusivas que ofendam o

necessário e razoável equilíbrio equitativo entre prestações e contraprestações.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo código civil e o código de defesa do consumidor – pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 48, p. 55-68, out./dez. 2003.

FERREIRA, Daniela Moura. O contrato de consumo e os princípios informadores no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 49, p. 177-193, jan./mar. 2004.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 205p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kasuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 916p.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

PASQUALOTTO, Adalberto. Código de defesa do consumidor em face do novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul./set. 2002.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 265 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 873 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 304 p.

T

T

L

L

DIREITO PENAL

T

T

L

L

PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INFRATOR

*Mário Luiz Ramidoff**

Resumo: No presente texto, cuida-se do impedimento da veiculação de toda e qualquer informação que divulgue, sem autorização legal, atos judiciais, policiais e administrativos ou mesmo exibição parcial, total, direta ou indiretamente de nome, ato, documento, fotografia e ilustração, de forma a permitir a identificação de criança ou de adolescente que cometeu ato infracional, impedindo-se, assim, que qualquer notícia a respeito do fato possa identificar a criança ou adolescente.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Meios de comunicação. Proteção integral. Condição peculiar de desenvolvimento. Direito fundamental à preservação da identificação e da imagem.

A Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), considera criança a pessoa até doze (12) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze (12) e dezoito (18) anos de idade. Ademais, o mencionado Estatuto também preceitua que a criança que praticar ato infracional (art. 105) será submetida a medidas legais específicas de proteção previstas no seu art. 101. Já o adolescente que cometer um comportamento conflitante com a lei será submetido a medidas socioeducativas previstas no art. 112 a 125, do Estatuto, para além da possibilidade de aplicação cumulativa das mencionadas medidas legais específicas de proteção.

Entretanto, ao longo da investigação, apuração e aplicação das mencionadas medidas legais, tanto à criança quanto ao adolescente que cometeu ato infracional é imperativo a preservação de identidade, imagem, e, sobretudo, da sua própria pessoa, assegurando-lhe de qualquer meio

* Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Mestre (CPGD-UFSC) e Doutorando em Direito (PPGD-UFPR). Professor de Direito da Criança e do Adolescente na UniCuritiba. ramidoff@pr.gov.br

evasivo de comunicação que, sem autorização legal, veicule informações, nomes, atos, documentos, fotografias e ilustrações que possibilitem a identificação dos infantes e dos jovens envolvidos num acontecimento infracional.

O art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem por objetivo precípua a proteção integral da identidade da criança e do adolescente que cometem comportamento conflitante com a lei, buscando com isso preservar não só seus nomes ou suas imagens, mas principalmente as suas próprias pessoas, pois se encontram na condição peculiar de desenvolvimento – nos termos do que dispõe o art. 6º, daquele Estatuto¹.

O mencionado preceito estatutário, na verdade, não se preocupa tanto com a regulamentação das atividades dos meios de comunicação social – “de massa”, segundo Baudrillard² –, mas principalmente com a proteção integral dos direitos individuais de cunho fundamental, inerentes à personalidade da criança e do adolescente que cometeram condutas contrárias à lei.

As informações acerca do nome, acontecimento, fotografia, ilustração ou documentação inerente a procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou ao adolescente a que se atribua o cometimento de ato infracional, permitindo, assim, suas identificações direta ou indiretamente, para além de servir propositalmente à moralização social mantendo, assim, “as massas *sob o sentido*” – pois “elas querem espetáculo”, segundo Baudrillard³ –, em pior medida, esvazia a potencialidade de transformação humanitária que tanto fere a seriedade do conteúdo das circunstâncias existências, quanto à seriedade protetiva do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹ BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>.

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

² BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas.** Tradução de Suely Bastos. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 10 e ss.

³ *Ibid.* De acordo com o autor, a grande maioria silenciosa não tem mais história a escrever, pois a sua força atual limita-se ao silêncio “ocultando o desabamento central do sentido com uma recrudescência de todas as significações e com uma dissipação de todos os significantes”.

É preciso ter cuidado com as informações acerca da criança e do adolescente infrator, uma vez que elas não podem ser divulgadas total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação. Com isso, procura-se evitar que tais informações se transformem em meras mensagens⁴ estereotipadas de uma seqüência espetacular da barbárie, mistificadas pela exigência hipócrita de “transparência pública” – *mutatis mutandis*. Essa é a diretriz protetiva sugerida por Vianna⁵.

A “transparência pública” deve ceder lugar à proteção integral da criança e do adolescente que se envolveram num evento infracional, haja vista que a sua vulnerabilidade material decorrente da condição peculiar de desenvolvimento se acentua com o próprio cometimento de condutas conflitantes com a lei, consoante tem descrito Vargas e Sosa⁶, os quais têm destacado que

es de suma importancia la garantía y el respeto a los derechos de las personas que por su condición y circunstancias personales se encuentren en situación de vulnerabilidad, especialmente en el caso de menores de edad; ya que éstos, por su falta de madurez física y

⁴ Ibid. Para o Autor os meios de comunicação identificam e atendem precisamente os anseios “das massas”, pois “elas ‘farejam’ o terror simplificador que está atrás da hegemonia ideal do sentido e reagem à sua maneira, reduzindo todos os discursos articulados a uma única dimensão irracional e sem fundamento, onde os signos perdem seu sentido e se consomem na fascinação: o espetacular”.

⁵ VIANNA, Túlio. **Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 203 e ss. Segundo o Autor, “o princípio da transparência pública veda qualquer monitoração eletrônica ou captura e armazenamento de dados pessoais de caráter secreto. (...) o princípio da transparência pública veda a existência de qualquer banco de dados secretos com informações pessoais e tem como corolário o direito à informação. (...) A autarquia de defesa da privacidade deverá velar na esfera administrativa pela fiel observância do princípio da transparência pública, o que não exclui porém a apreciação do poder judiciário”.

⁶ SOSA, Edgar Corzo; VARGAS, Graciela Sandoval. **Criterios jurídicos de las recomendaciones de la comisión nacional de los derechos humanos (1990-2005)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006. p. 9 e ss. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Estudios Jurídicos, nº 92).

psicológica, difícilmente pueden protegerse y cuidarse por sí mismos de actos o ataques que atenten contra su desarrollo integral; su dignidad personal, y su integridad física, psíquica y social.

A “transparência pública”, assim, deve se render às limitações destinadas à esfera pública da palavra e da ação⁷ que caracterizam um Estado democrático (constitucional⁸) e de direito. A preocupação por isso é anterior, pois, cuida-se da preservação da personalidade humana daquelas crianças e adolescentes e do correlativo direito individual fundamental que importa na não exclusão social, evitando-se, assim, a expulsão comunitária ainda que se opere simbolicamente através de informações diretas e indiretas veiculadas como “simples valor de uso”⁹ economicista do social, isto é, pela captação de altos índices de assistência sugestionável¹⁰ (denominada na gíria de “ibope”) para venda de espaços e tempos comerciais destinados à propaganda de serviços e ou de produtos.

Não se impõe aqui a exigência de comprovação da exposição a vexame ou a constrangimento de crianças ou adolescentes – art. 232, do Estatuto – em decorrência mesmo de sua identificação pessoal como autores do comportamento contrário à lei. A objetividade estatutária é precisamente inversa ao valor economicista do social como valor de uso, ou seja, o que se

⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

⁸ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁹ BAUDRILLARD, op. cit. O Autor assevera que o “limite do valor economista do social como valor de uso é na verdade o valor ecologista do social como *abrigo*. (...) Uma espécie de espaço fetal de segurança que provê em toda parte a dificuldade de viver, que fornece em toda a parte a qualidade da vida, isto é, para tal segurança todos os riscos, o equivalente da vida perdida – forma degradada da sociabilidade lubrificante, assistencial, pacificante e permissiva –, a forma mais baixa da energia social: a de uma utilidade ambiental, comportamental – essa é a nossa imagem do social – forma entrópica –, outra imagem de sua morte”.

¹⁰ ZACHARIAS, Manif. **Dicionário auxiliar de composição literária**. Florianópolis: Garapuvu, 2006. p. 56. Segundo o autor, por assistência pode ser entendido o conjunto de espectadores que na concepção literária é sugestionável, crédulo, deslumbrado quando se tratar por característica decorrentes de possíveis correlações adjetivas.

busca é a inclusão, o respeito, o acolhimento, o cuidado, enfim, a proteção integral da criança e do adolescente independentemente do comportamento que tenham praticado. Enfim, impõe-se tanto quanto possível eliminar condições atentatórias à dignidade daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, reduzindo ao máximo as ameaças e violências às suas integridades física, psíquica e social.

Dentre as medidas legais previstas no art. 247 do Estatuto, destacam-se as previstas no seu § 2º, as quais, para além da reação estatal de cunho repressivo-punitivo (“Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”), determinam a apreensão da publicação, a suspensão da programação da emissora e também da publicação do periódico.

Os órgãos de imprensa e as emissoras de rádio e de televisão enquanto veículos de comunicação social devem oferecer importantes contribuições para a discussão de questões e temáticas que interessem à coletividade, possibilitando, assim, o esclarecimento da opinião pública para que também participe da construção da democracia. Melo¹¹ entende que para a opinião pública se transformar numa legítima representatividade, por certo, “exige alguns requisitos do ambiente em que se desenvolve, como liberdade de expressão, publicidade dos atos do Governo, do Parlamento e do Judiciário e condição de formação e expressão da cidadania”.

Neste sentido, Edmundo Oliveira¹² destaca que a legislação estatutária procura preservar “o futuro e o bom conceito da criança e do adolescente a que se atribua ato infracional”, evitando-se, com isso, a

¹¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Safe; CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 23 e ss. O Autor não olvida que a opinião pública para além de seu caráter fenomenológico, também é “uma importante forma de controle social ou seja um elemento considerável da interação social. De qualquer forma, quer considerada como verdade geral, ou como termo de controvérsias, é fenômeno que só pode ser considerado num Estado democrático e pluralista. (...) A opinião pública, por ser fenômeno cultural, tem um caráter relativo, pois muda conforme as circunstâncias que assim o determinam. (...) É em geral produto da informação e, mais que isso, da experiência.”

¹² SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia; CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 740-743. Eduardo Oliveira comentando o art. 247 do Estatuto esclarece que “para resguardar desses males a criança ou adolescente, a lei proíbe a exibição de fotografia do autor de ato infracional ou de qualquer ilustração (desenhos, pinturas) que lhe diga respeito, desde que possa levar a identificá-lo. Infelizmente, este preceito sempre foi desobedecido e todos os dias se vê estampada em jornais a fotografia do autor do ato infracional, apenas com uma tarja sobre os olhos.”

execração pública injusta e prejudicial, haja vista que não estão suficientemente formados, senão, que uma tal exposição pública certamente os denegrirá para sempre.

A representação da realidade pela mídia é limítrofe entre a ficção e a realidade, ou seja, “o que é real e o que não é real naquilo que a mídia apresenta?”, segundo Barreiros¹³. Por isso, a divulgação e ou exibição parcial, total, direta ou indiretamente de nome, ato, documento, fotografia e ilustração, sem autorização devida, de forma a permitir a identificação de criança ou de adolescente que cometeu ato infracional, para além de “contribuírem para criar um efeito de sentido de verdade”¹⁴, vale dizer, aparência de uma verdade, insofismavelmente, depõem culturalmente contra os valores humanitários da matéria prima da futura sociedade brasileira. Isto é, depõem diretamente contra todas as crianças e adolescentes, pois exalta especificamente uma versão montada do “mal” sem jamais se preocupar com o encontro do “bem”.

O art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por isso, proíbe a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional, impedindo-se, assim, que qualquer notícia a respeito do fato possa identificar a criança ou adolescente, quando não, “vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”.

O “bem” aqui pode ser exatamente a atitude a ser evitada, isto é, a divulgação e ou exibição acima mencionadas, construindo-se, por assim dizer, uma “ética das verdades”, segundo Badiou¹⁵, para quem a “ética combina

¹³ BARREIROS, Tomás. **Jornalismo e construção da realidade**: análise de O “mez da gripe” como paródia crítica do jornalismo. Curitiba: Pós-escrito, 2003. p. 103 e ss.

¹⁴ Ibid. O autor assinala que “as notícias, as fotografias, os documentos oficiais e o depoimento da testemunha dos fatos (Dona Lúcia) são apresentados como verdadeiros e contribuem para criar um efeito de sentido da verdade. Entretanto, as contradições internas do depoimento de Dona Lúcia (...) para tomar o leitor de surpresa nessa desmontagem da aparência de verdade do depoimento (...) colocam em xeque a validade do discurso jornalístico, que se apresenta como reprodução do real. (...) para a semiótica discursiva, trata-se, na realidade, de fazer crer ser objetivo, criando o efeito de sentido de objetividade”.

¹⁵ BADIOU, Alain. **Ética**: um ensaio sobre a consciência do mal. Tradução de Antônio Trânsito e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 98. O Autor destaca que “é no cerne dos paradoxos dessa máxima que nós encontramos, assim dependente do

então, sob o imperativo: ‘Continuar!’, um recurso de discernimento (não se prender aos simulacros), de coragem (não ceder) e de reserva (não se dirigir aos extremos da Totalidade)”.

A Constituição da República de 1988 também resguardou o indispensável sigilo acerca de tais informações ao preceituar no inc. LX do seu art. 5º que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, protegendo, inclusive, com isto, “crianças e adolescentes que houvessem sido vítimas”¹⁶ de atos infracionais, crimes e ou de quaisquer outras formas de violência.

Até porque não se trata aqui de censura ou mesmo restrição limitativa ao exercício do direito à liberdade de expressão, opinião, informação, comunicação, palavra, pois não se proíbe a divulgação da notícia, como bem ressalta Jorge Araken Faria da Silva¹⁷, mas, sim, tem-se a intenção de proteger integralmente a criança e o adolescente dos excessos de publicidade.

A proteção do sigilo das informações acerca da criança e do adolescente que se envolveram num acontecimento infracional, destina-se, assim, a preservar respectivamente as identidades daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, obstando a exposição estigmatizada e a conceituação preconceituosa que macule a imagem e a reputação não só daqueles infantes e jovens, mas, também de seus respectivos núcleos familiares.

Bem (as verdades), a verdadeira figura do Mal, em suas três espécies: o *simulacro* (ser o fiel aterrorizante de um falso acontecimento), a *traição* (ceder em uma verdade em nome de seu interesse), o forçamento do inominável, ou o *desastre* (crer que a potência de uma verdade é total)”.

¹⁶ SIQUEIRA, Liborni (Coord.). **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 129.

¹⁷ SILVA; MENDEZ; CURY (Coord.), op. cit., p. 434-441. O mencionado autor ao comentar o art. 143 do Estatuto destaca que “sempre se proibiu a divulgação de atos e termos referentes a menores, sobretudo se lhes atribuída autoria de infração, mas as proibições viram-se sempre burladas, de uma forma ou de outra”.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BADIOU, Alain. **Ética**: um ensaio sobre a consciência do mal. Tradução de Antônio Trânsito e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

BARREIROS, Tomás. **Jornalismo e construção da realidade**: análise de O “mez da gripe” como paródia crítica do jornalismo. Curitiba: Pós-escrito, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas**: o fim do social e o surgimento das massas. Tradução de Suely Bastos. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Safe; CMCJ-UNIVALI, 1998.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia; CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SIQUEIRA, Liborni (Coord.). **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SOSA, Edgar Corzo; VARGAS, Graciela Sandoval. **Criterios jurídicos de las recomendaciones de la comisión nacional de los derechos humanos (1990-2005)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006.

VIANNA, Túlio. **Transparência pública, opacidade privada**: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZACHARIAS, Manif. **Dicionário auxiliar de composição literária**. Florianópolis: Garapuvu, 2006.

O CRIME ORGANIZADO E O CRIME DE COLARINHO BRANCO

Ana Luiza Almeida Ferro*

Resumo: O presente artigo oferece uma breve visão sobre as similaridades e as diferenças entre o crime organizado e o crime de colarinho branco, enfatizando os vínculos simbióticos entre o *underworld* e o *upperworld* e o papel do crime organizado como instrumento de ligação entre o chamado “submundo” da criminalidade e o mundo “dourado” dos negócios e da política.

Palavras-chave: Crime organizado. Crime de colarinho branco. *Underworld* e *upperworld*.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para o célebre sociólogo Edwin Sutherland, da Universidade de Indiana, o crime de colarinho branco diz respeito, em termos aproximados, a um crime praticado por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* social no desempenho de sua profissão¹. Seu conceito não tem a pretensão

* Promotora de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutora em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do UNICEUMA. Coordenadora de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito. Professora da ESMP/MA. Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Autora dos livros jurídicos *O Tribunal de Nuremberg, Escusas absolutórias no Direito Penal, Robert Merton e o Funcionalismo, O crime de falso testemunho ou falsa perícia e Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely*. Co-autora do livro de poesias *Versos e aversos*.

¹ Cf. SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime: the uncut version**. New Haven/London: Yale University Press, 1983. p. 7. Ao decompor o conceito de crime de colarinho branco formulado pelo criminólogo, MANNHEIM inclui entre seus elementos, além da natureza de crime, da sua perpetração por pessoas respeitáveis, do elevado status social por estas exibido e do seu cometimento enquanto no desempenho de uma profissão, a violação da confiança. Cf. MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85]. v. 2, p. 724; 729-732.

de ser definitivo. Embora não imune a críticas², é uma referência obrigatória no estudo de tal modalidade delituosa no mundo acadêmico ocidental, assim como seu autor, que também cunhou a famosa expressão sob comento.

A expressão remete à criminalidade econômica, à criminalidade das empresas, às condutas fraudulentas fortemente marcadas pela impunidade, que implicam, ao lado do dano econômico, um dano de maior gravidade, imposto às relações sociais, pela geração de perda de confiança e produção de desorganização social em grande proporção. Constitui uma das maiores dificuldades no atinente aos delitos contra o sistema financeiro a de tratar com fraudes multiformes, compreendendo práticas mascaradas e simuladas, mediante meios e negócios paralelos, sendo que a multiplicação de sociedades de fachada, do tipo “fantasma”, contribui para o crescimento do elevado nível de impunidade em questão³.

Philippe Rosé, a seu turno, prioriza os aspectos de imposição de prejuízos aos interesses econômicos e de especialização das qualificações dos agentes:

On entend par criminalité des affaires, ou “en col blanc”, les agissements portant préjudice ou susceptibles de porter préjudice aux intérêts économiques. Cela recouvre des délits aussi divers que ceux relatifs au commerce extérieur, à la législation sur les changes, les marchés, les prix, la concurrence, les cartels, les abus de confiance et de biens sociaux, les escroqueries. Ces délits sont en général commis par des personnes ayant des qualifications particulières⁴.

² Ver, por exemplo, GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). **Readings in white-collar crime**. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 9-12; e MANNHEIM, op. cit., p. 724-738.

³ Cf. SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro**: comentários à Lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999. p. 86-88.

⁴ “Entendem-se por criminalidade dos negócios, ou “de colarinho branco”, os procedimentos portadores de prejuízo ou suscetíveis de levar prejuízo aos interesses econômicos. Isto cobre delitos tão diversos como aqueles relativos ao comércio exterior, à legislação sobre os câmbios, os mercados, os preços, a concorrência, os cartéis, os abusos de confiança e de bens sociais, as fraudes. Estes delitos são, em geral, cometidos por pessoas que têm qualificações particulares”. ROSÉ, Philippe. **La criminalité informatique**. 2e ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 54-55. (Tradução nossa).

A definição hoje predominante nos Estados Unidos, na opinião de Ellen Podgor e Jerold Israel, privilegia a infração em lugar do infrator. Assim, de acordo com o Relatório Anual de 1983, do Procurador-Geral daquele país, os crimes de colarinho branco são

[...] illegal acts that use deceit and concealment — rather than the application or threat of physical force or violence — to obtain money, property, or service; to avoid the payment or loss of money; or to secure a business or professional advantage. White collar criminals occupy positions of responsibility and trust in government, industry, the professions and civic organizations⁵.

John Scheb e John Scheb II, de sua parte, informam que várias leis federais e estaduais americanas — estas em menor escala — vedam condutas unicamente classificadas como crimes de colarinho branco, a exemplo de violações antitruste, manipulações de licitação, negociações envolvendo informação privilegiada, fraude tributária, lavagem de dinheiro, entre outras, nas quais o traço característico é o uso de fraude e ocultação, em oposição ao emprego de força ou violência, com o propósito de consecução de benefícios ou vantagens econômicas⁶. Segundo os autores, os criminólogos muitas vezes consideram como crimes de colarinho branco

⁵ “[...] atos ilegais que usam fraude e ocultação — em vez da utilização ou ameaça de força física ou violência — para obter dinheiro, bens ou serviço; para evitar o pagamento ou perda de dinheiro; ou para assegurar um negócio ou vantagem profissional. Criminosos de colarinho branco ocupam posições de responsabilidade e confiança no governo, na indústria, nas profissões e organizações cívicas”. PODGOR, Ellen S.; ISRAEL, Jerold H. **White collar crime in a nutshell**. 2nd ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1997. p. 2. (Tradução nossa).

⁶ Cf. SCHEB, John M.; SCHEB II, John M. **Criminal law**. 3th ed. Belmont, California: Wadsworth, 2003. p. 249. Ellen Podgor e Jerold Israel pontuam, por outro lado, que algumas leis federais nos Estados Unidos, freqüentemente usadas para a criminalidade de colarinho branco, prevêm violações não restritas à noção de crime de colarinho branco, que são igualmente utilizadas para a punição de delitos de rua e contra o patrimônio, em virtude da ampla interpretação que é conferida à expressão *white collar crime* pelos tribunais. Eles ainda sublinham que o conceito de crime de colarinho branco, apesar de relativamente novo, tem crescido extensivamente, sem implicar a exclusão de condutas originalmente nele inseridas: *Key areas within white collar crime that the Department of*

*offenses committed by persons in the upper socioeconomic strata of society*⁷. John Scheb e John Scheb II acrescentam que tais violações são frequentemente perpetradas no exercício da ocupação ou profissão dessas pessoas, compreendendo ilícitos como falsificação, extorsão, suborno e apropriação indébita, com a exclusão de muitas infrações, a exemplo de delitos de homicídio e agressão⁸.

Quanto ao crime organizado, os mesmos doutrinadores defendem que o mesmo implica infrações praticadas por pessoas ou grupos que dirigem seus negócios mediante empreendimentos ilegais, sendo que suas figuras frequentemente se dedicam à tentativa de obtenção de influência política mediante recurso ao suborno e à corrupção, bem como a ameaças e atos violentos visando à consumação de infrações de colarinho branco⁹.

A fronteira estabelecida pelos autores referidos entre o crime organizado e o de colarinho branco parece estar na questão da mistura ou não entre atividades lícitas ou ilícitas e no emprego ou não de ameaças ou

*Justice has recently focused on are financial institution fraud, defense procuremente fraud, health care fraud, computer crime, international fraud, and telemarketing fraud. The Department of Justice has also continued its efforts in combating antitrust violations, public corruption and money laundering. Cf. PODGOR; ISRAEL, op. cit., p. 2-3. “Áreas-chave no crime de colarinho branco que o Departamento de Justiça tem recentemente focalizado são: fraude na instituição financeira, obtenção fraudulenta de defesa, fraude na assistência à saúde, crime de computador, fraude internacional e fraude em telemarketing. O Departamento de Justiça tem também continuado seus esforços no combate a violações antitruste, à corrupção pública e à lavagem de dinheiro”. (Tradução nossa). No Brasil, a Lei nº 7.492, de 16.06.86, estabeleceu delitos contra o sistema financeiro nacional, porém as figuras tipificadas pertencem ao Direito penal econômico, conforme nota José Souza Netto. Cf. SOUZA NETTO, op. cit., p. 88. Já a crítica de William Oliveira é direcionada à Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que inseriu as movimentações ilícitas de dinheiro e valores provindos de violações que afrontam o mercado financeiro em seu art. 1º, o que teria sido uma opção correta, mas um pouco tímida, do legislador, que “poderia ter incluído outras ordens de delitos afins, como o abuso do poder econômico ou aqueles que atingem a economia popular ou a livre concorrência”. Cf. OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98: aspectos criminológicos e político-criminais: tipologia da lavagem de capitais: direito internacional e comparado: dos crimes e das penas: aspectos processuais e administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 331.*

⁷ “[...] crimes cometidos por pessoas nos estratos socioeconômicos superiores da sociedade”. SCHEB, John; SCHEB II, op. cit., p. 249. (Tradução nossa).

⁸ Cf. *Ibid.*, p. 249.

⁹ Cf. *Ibid.*, p. 249.

violência para a consecução do fim pretendido. Ocorre que esta “fronteira” parece estar desaparecendo, se é que ainda existe. É cristalino que nem todo crime de colarinho branco se insere na categoria de crime organizado, mormente no tocante ao sentido extensivo que aquele adquiriu em países como os Estados Unidos, da mesma forma que nem todas as atividades e operações das organizações criminosas envolvem violações “de colarinho branco”. Mas é impensável hoje a concepção de crime organizado sem a sua inserção, em maior ou menor grau, no mundo engravatado dos negócios lícitos ou não, para o conseguimento de seus objetivos de lucro e poder.

2 A ÍNTIMA RELAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO COM O CRIME DE COLARINHO BRANCO

Entre os exemplos dados por Rodolfo Maia acerca da correlação do crime organizado com o sistema econômico, está precisamente a estratégia da “penetração no mercado econômico oficial”, verificando-se a atuação por meio de empresas legítimas, “quer para otimização de lucros, quer para reciclagem de dinheiro sujo, o que, inclusive, ressalta a ligação íntima do crime organizado com o crime de colarinho branco”¹⁰. E, para o Procurador Regional da República, mais sério do que o fornecimento de bens e serviços ilícitos no mercado econômico paralelo e ilegal, outra das estratégias do crime organizado, é exatamente a consecução de lucro e poder corporificada

¹⁰ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei Federal nº 9.034/95 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 22. Mencione-se aqui o pertinente escólio de Reale Júnior sobre a criminalidade organizada: “Outro elemento configurador está nos expedientes de que deve lançar mão para revestir de legalidade as altas somas oriundas da prática delituosa, via lavagem de dinheiro, seja mediante transferências de numerário para paraísos fiscais, recorrendo a empresas fantasmas ou a negócios simulados, seja ao depois atuando em negócios lícitos, nos quais sempre transborda, para não perder o hábito, para condutas irregulares. São organizações rígidas voltadas à consecução de delitos de grave danosidade social, cuja etapa final reside, portanto, na legalização das receitas oriundas da ação delituosa, introduzindo-as no sistema financeiro internacional, valendo-se do sigilo bancário e da não exigência de identificação dos titulares das operações”. REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 184-185, jan./mar. 1996.

na ligação estreita do crime organizado com as empresas que operam no mercado legítimo¹¹. Continuando, ele cita Jay Albanese, em sua explicação sobre as formas de infiltração do crime organizado em negócios lícitos, peculiarizada pela extorsão ou coerção:

A infiltração de negócios legítimos geralmente ocorre em uma de duas maneiras: utilização de um negócio legítimo como ‘fachada’ para uma atividade ilegal principal (um *golpe*) ou ‘sugando’ um negócio legítimo de alguns de seus lucros por meios ilegais sem uso de força e (se tudo correr bem) sem causar seu fracasso (*corrupção*). Esses dois tipos de infiltração, o golpe e a corrupção, ilustram como o crime organizado e o crime de colarinho branco se cruzam. No caso de corrupção, especialmente, um negócio legítimo é lesionado, e algumas vezes levado à falência, por infiltração criminosa¹².

Anotam Edwin Sutherland, Donald Cressey e David Luckenbill que os criminosos organizados prosseguem adquirindo e operando empresas legítimas, de cassinos a grandes corporações, alguns deles depositando enormes somas em bancos estrangeiros, às quais recorrem *whenever they want to buy or corrupt another piece of America* (consoante a Comissão Presidencial sobre o Crime Organizado, de 1984), de modo que, não

¹¹ Cf. MAIA, op. cit., p. 24. Zaffaroni, aliás, julga ser problemática a tentativa de diferenciação entre uma empresa legítima e outra ilegal: “Fora dos casos de verdadeiras associações ilícitas, não há um limite claro e nem sequer aproximado que permita distinguir, entre uma empresa “legal” e outra “ilegal”, porque sempre combinam atividades, sendo inclusive muito raro que uma empresa “lícita” não incorra em alguma atividade ilegal”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado uma categorização frustrada. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, v. 1, n. 1, p. 62, jan./jun. 1996.

¹² ALBANESE, Jay S. Where organized and white collar crime meet: predicting the infiltration of legitimate business. In: _____. **Contemporary issues in organized crime**. Monsey, N.Y.: Criminal Justice Press, 1995. p. 36 apud MAIA, op. cit., p. 24-25.

surpreendentemente, *the distinction between organized crime and white-collar crime is disappearing*¹³.

Nesse sentido, Gary Potter e Larry Gaines constatam que, quando o desvio organizacional é planejado e premeditado com finalidade criminosa, a organização adquire o aspecto de organização criminosa, de feição que se torna deveras problemática a identificação das linhas delimitadoras entre o crime organizado e o crime de colarinho branco. Completam afirmando que a inexatidão no terreno delimitativo se torna mais patente no respeitante à própria legislação penal americana, em especial quanto à lei de 1970, conhecida como RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*), que comina severas sanções a qualquer organização envolvida em um padrão de atos criminosos, definidos como dois ou mais crimes em um período de dez anos, e que tem sido utilizada com sucesso contra dúzias de grupos pertencentes ao crime organizado, bem como contra corporações como Shearson/American Express, E. F. Hutton e General Motors, com a conclusão de que nestes e em numerosos outros casos, *the criminal acts of respectable people and organizations have looked very much like the machinations of organized crime syndicates*¹⁴.

¹³ “[...] sempre que querem comprar ou corromper um outro pedaço da América” (consoante a Comissão Presidencial sobre o Crime Organizado, de 1984), de modo que, não surpreendentemente, “a distinção entre crime organizado e crime de colarinho branco está desaparecendo”. SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. **Principles of criminology**. 11th ed. New York: General Hall, 1992. p. 269. (Tradução nossa). Sobre os paraísos fiscais, Gary Potter e Larry Gaines oferecem alguns exemplos: *Organized crime learned long ago that it was useful to register companies and place investments in foreign nations with fairly lenient laws on the transfer of money. Examples include Switzerland, Liechtenstein, the Bahamas, Panama, the Cayman Islands, and the Netherlands Antilles*. POTTER, Gary; GAINES, Larry. *Underworlds and upperworlds: the convergence of organized and white-collar crime*. In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). **Readings in white-collar crime**. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 78. “O crime organizado aprendeu há muito tempo que era útil registrar companhias e depositar investimentos em nações estrangeiras com leis favoravelmente lenientes na transferência de dinheiro. Exemplos incluem a Suíça, o Liechtenstein, as Bahamas, o Panamá, as Ilhas Cayman e as Antilhas Holandesas”. (Tradução nossa).

¹⁴ “[...] os atos criminosos de respeitáveis pessoas e organizações se pareceram muito com as maquinações de sindicatos do crime organizado”. Cf. *Ibid.*, p. 66-67. (Tradução nossa).

No entender destes doutrinadores, há semelhanças entre as concepções do crime organizado e do crime de colarinho branco, pois ambas implicam algum grau organizacional, acentuam questões de autopercepção, de legitimidade e da centralidade do ato criminoso, além de serem conceitos em evolução, cujas formas originais sofreram alterações por efeito de vasto estudo acadêmico¹⁵.

Comentando o famoso escândalo de *savings and loan* (poupanças e empréstimo), ocorrido nos Estados Unidos nos anos 80, eles sustentam que aquilo que, para alguns, foi o maior escândalo da História americana e, para outros, o maior caso isolado de fraude da história dos delitos, constituiu, em grande parte, meramente um caso de negócios, como de costume, residindo o aspecto incomum não no fato de haver acontecido, nem tampouco em quem estava envolvido, mas na constatação de que representou um comportamento criminoso tão espalhafatoso e reles que a exposição se tornou algo inevitável, exposição essa que teria demonstrado uma vez mais, com clareza chocante, três “verdades” básicas, porém habitualmente ignoradas, sobre o crime organizado:

1. There is precious little difference between the people society designates as respectable and law abiding and the people society castigates as hoodlums and thugs.
2. The world of corporate finance and corporate capital is as criminogenic and probably more criminogenic than any poverty-wracked slum neighborhood.
3. The distinctions drawn between business, politics, and organized crime are at best artificial and in reality irrelevant. Rather than being dysfunctions, corporate crime, white-collar crime, organized crime, and political corruption are mainstays of American political-economic life¹⁶.

¹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 61.

¹⁶ “1. Há muito pouca diferença entre as pessoas que a sociedade designa como respeitáveis e acatadores da lei e as pessoas que a sociedade castiga como desordeiros e assassinos. 2. O mundo das finanças empresariais e do capital corporativo é tão criminogênico quanto e provavelmente mais criminogênico que qualquer bairro extremamente pobre. 3. As distinções deduzidas entre negócios, política e crime organizado são, na melhor das hipóteses, artificiais e, na realidade, irrelevantes. Em vez de serem disfunções, o crime corporativo, o crime de colarinho branco, o crime organizado e a corrupção política são os esteios da vida político-econômica americana”. Cf. POTTER; GAINES. *op. cit.*, p. 83.

Os autores ainda argumentam que, não obstante as cuidadosas tentativas de diferenciação entre o crime organizado e o crime de colarinho branco, tem sido uma realidade comum na História americana a transformação de uma série de intercâmbios entre o submundo e o *upperworld* em relações corruptas de longo prazo. A título ilustrativo, mencionam a ávida participação em arriscados empreendimentos ilícitos, em conjugação com grupos do crime organizado, no campo dos negócios privados, de instituições respeitadas como a Shearson/American Express, a Merrill Lynch, o Miami National Bank, o Citibank e outras. Assim, no caso conhecido como *Pizza Connection* (Conexão Pizza), no qual se verificou a distribuição de heroína do Sudeste asiático por meio de uma série de pizzarias localizadas nos Estados Unidos, houve a “lavagem” de dezenas de milhões de dólares mediante bancos da Cidade de Nova York e a sua ulterior transferência, pelas ditas instituições, para contas secretas na Suíça, nas Bahamas e em outros países. Mas a *Pizza Connection* não se restringiu à utilização de bancos para a lavagem de dinheiro, pois traficantes de heroína igualmente se utilizaram dos serviços da firma de corretagem de Merrill, Lynch, Pierce, Fenner e Smith, lá depositando cinco milhões de dólares, apenas em notas de cinco, dez e vinte, durante um período de mais de seis semanas. A Merrill Lynch, além de aceitar estes depósitos altamente suspeitos, forneceu extraordinária garantia aos mensageiros no transporte do dinheiro da heroína, não sendo diferente com outra casa de corretagem, a E. F. Hutton, simultaneamente usada por mensageiros da *Pizza Connection* para a “lavagem” de treze milhões e meio de dólares, em suas contas, a qual também forneceu serviços de segurança privada para estas pessoas¹⁷.

(Tradução nossa). Os doutrinadores relatam, em seqüência, diversas conexões entre instituições bancárias, a CIA e seus agentes e o mundo do crime organizado. Cf. *Ibid.*, p. 84-87.

¹⁷ Cf. *Ibid.*, p. 68-69. Sobre referências à Conexão Pizza, ver também STERLING, Claire. **A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado**. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 65; MAIA, op. cit., p. xii; e QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime organizado no Brasil: comentários à Lei nº 9.034/95: aspectos policiais e judiciários: teoria e prática**. São Paulo: Iglu, 1998. p. 156. Sobre referências à Conexão do Duomo, igualmente envolvendo conexões entre o submundo do crime organizado e o mundo dourado dos negócios legítimos ou não, ver STERLING, op. cit., p. 75; e LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 45-46.

Os exemplos de conexão do crime organizado com o mundo dos negócios não param aí. Entre os casos emblemáticos, Gary Potter e Larry Gaines lembram que Ford, da indústria automobilística, empregava figuras do crime organizado para atuarem como fura-greves. Também noticiam a conhecida participação de representantes do crime organizado na edificação do sonho dourado dos cassinos de Las Vegas, os quais desempenharam um significativo papel no processo de conferir respeitabilidade a antigos gângsteres. Meyer Lansky e Bugsy Siegel foram pioneiros na cidade americana nominada, no tocante aos interesses do crime organizado da Costa Leste, ao investirem dinheiro de Nova York, Nova Jersey, Filadélfia e Cleveland, entre outros pontos. Desta forma, o Flamingo de Bugsy Siegel (1946), este assassinado em 1947, foi o primeiro grande hotel de Las Vegas. Outros cassinos vieram, como mostra a lista a seguir reproduzida:

a) o Thunderbird (1948), que constituía, na verdade, uma operação de Meyer Lansky;

b) o Desert Inn (1950), gerido pelo grupo dos *Cleveland Four* (“Quatro de Cleveland”, formado por Mo Dalitz, Louis Rothkopf, Sam Tucker e Morris Kleinman), que exercera domínio sobre as atividades de contrabando, venda e fabricação ilícita de bebida alcoólica e de jogo ilegal de cassino no Meio-Oeste e Kentucky;

c) o Sands (1952), de propriedade de um impressionante grupo de “amigos” do crime organizado, entre os quais estão o próprio Meyer Lansky, Joe Adonis, Frank Costello, Doc Stacher, Ed Levinson, Kid Cann e Frank Sinatra;

d) o Sahara (1952), patrocinado por “homens do dinheiro” de Chicago, Cleveland e Nova York;

e) o Riviera, patrocinado pelo mundo do crime organizado de Chicago;

f) o Dunes, cuja abertura foi promovida por representantes de Raymond Patriarca de Rhode Island;

g) o Tropicana (1957), patrocinado por Kastel e Costello;

h) o Stardust (1958), que configurava uma operação de Mo Dalitz, do mesmo modo que o Sundance;

i) o Palace, cuja abertura se deveu à iniciativa de Raymond Patriarca, de investidores do crime organizado de Chicago, de Meyer Lansky

e de dinheiro do Sindicato dos Caminhoneiros, que foi igualmente aplicado no Caesar's Palace, no Landmark, no Dunes e no Fremont¹⁸.

3 O CRIME ORGANIZADO E OS VÍNCULOS SIMBIÓTICOS ENTRE O *UNDERWORLD* E O *UPPERWORLD*

Com certeza, tais operações do crime organizado, largamente imbricadas com as atividades de homens de negócios, não podem ser enquadradas como manifestações do *underworld*. São muito mais do *upperworld*¹⁹. É claro que o submundo está presente na engrenagem do crime organizado, mas não é ele que o diferencia de outras expressões da criminalidade. Não é à toa que Damásio de Jesus adverte que a criminalidade organizada, com sua notável capacidade de desestabilizar mercados, seu poder de corrupção e seus efeitos amplos, sobretudo no campo econômico, “costuma ser a criminalidade dos poderosos”²⁰.

Por tal razão, Luiz Flávio Gomes identifica dois lados no crime organizado: o “mercantilista”, expresso nas atividades de venda, contrabando, troca de determinadas “matérias-primas”, e o “dourado”, pelo fato de igualmente ser cometido por pessoas de colarinho branco, mediante corrupção, favorecimentos ilegais, evasão de divisas, sonegação fiscal, delitos contra a concorrência pública, entre outras condutas ilícitas²¹. O magistrado volta ao tema, quando elenca as características do crime organizado, entre as quais a capacitação efetiva para a fraude difusa:

¹⁸ Cf. POTTER; GAINES, op. cit., p. 69, 73-74.

¹⁹ Ver SUTHERLAND; CRESSEY; LUCKENBILL, op. cit., p. 267.

²⁰ JESUS, Damásio E. de. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao Direito penal transnacional. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester (Org.). **Estudos jurídicos**: em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 133.

²¹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Principais notas criminológicas. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-crime. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 80.

Mas a organização criminosa, sabemos, nem sempre se vale de meios violentos. Também a fraude pode fazer parte das suas atividades. Essa é a vertente do “crime organizado do colarinho branco” (criminalidade dourada), de pouca visibilidade ou ostentação, isto é, escasso *crime appeal*. Por isso, do conceito de crime organizado pode também fazer parte a real capacidade de lesar o patrimônio público ou coletivo, por meios fraudulentos (fraude difusa), capacidade essa derivada exatamente da associação complexa e organizada, da sofisticação dos recursos tecnológicos empregados, da conexão com os poderes públicos, da eventual participação de agentes públicos, da possibilidade de amplo acesso que conquistam às agências públicas etc²².

O perfil do criminoso de colarinho branco valida essa afirmação do *upperworld* no universo do crime organizado:

Senão todos, pelo menos a grande maioria dos crimes econômicos são praticados por indivíduos que, em razão de seus negócios possuem uma especial habilidade no trato da sempre crescente complexidade da vida econômica. Os autores de delitos econômicos

²² Id. Âmbito de incidência da Lei 9.034/95. In: GOMES; CERVINI, op. cit., p. 98. A dita “criminalidade dourada” é dissecada por Reale Júnior: “A criminalidade dourada praticada por meio de empresas realiza-se tendo por base elevada estrutura organizacional, dotada de hierarquia, em processo centralizado de decisões com ação descentralizada, usando de seu forte poder econômico e político, corrompendo agentes oficiais, recorrendo a profissionais especializados e meios tecnológicos, dificultando a descoberta de prova dos atos ilícitos, valendo-se, também, da ausência de repúdio de suas ousadias no meio social, no qual gozam de prestígio. O caráter institucional do crime organizado, realçado no princípio deste trabalho como dado fundamental desta forma de delinquência, destaca-se na forma de criminalidade dourada, porém, sob sinal inverso: a instituição não se forma nos moldes citados para cometer crimes, mas sim tem-se a mesma configuração institucional licitamente constituída para fins originalmente lícitos, da qual se valem e utilizam para a prática de ações ilícitas, que exigem estratégia global, organização, disciplina na submissão à hierarquia da empresa, acordos com outras entidades empresariais, capacidade de intimidação por sua força econômica e política”. Crime organizado e crime econômico. REALE JÚNIOR, op. cit., p. 189-190.

são homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa estima pública, que exercem atividades reputadas importantes e, como lembra Fernandez Albor, quase sempre não consideram suas condutas como criminosas, mas sim, como “simples negócios”. São pessoas socialmente ajustadas, que possuem aquela “...especial destreza para os negócios...” a que se referiu Lampe e, por isso, se aproveitam das disfunções do sistema econômico para obter lucros extraordinários, pondo em risco a confiança e a segurança da ordem econômica. As condutas criminosas praticadas no contexto das atividades da vida dos negócios revelam em seus autores, um profundo desprezo pela ordem jurídica. O delinqüente econômico não é um marginalizado social, um desvalido da sorte, que precisa buscar no crime a satisfação de necessidades primárias. Por isso sua conduta revela um extraordinário desdém pela ordem jurídica²³.

Por conclusão, Gary Potter e Larry Gaines assentam que o crime organizado guarda muitos dos traços característicos do crime de colarinho branco, como o aspecto estrutural dos negócios, e que o *underworld* e o *upperworld* mantêm vínculos simbióticos:

Contrary to the official portrait of organized crime, under- and upperworld criminals form close, symbiotic

²³ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Os crimes contra a ordem econômica no esboço de nova Parte Especial do Código Penal de 1994 (características gerais). In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões: o crime organizado** (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 228-229. O quadro do criminoso de colarinho branco é completado pelas pinceladas de Hermann Mannheim: “O delinqüente de colarinhos brancos não é um criminoso político nem um revoltado. Mais do que revoltar-se contra as iniquidades da sociedade, ele explora as suas fraquezas. Por outro lado, o seu interesse pela reforma do sistema legal, político e social não vai, normalmente, além das alterações que lhe permitissem ganhar cada vez mais a realização dos seus objetivos egoístas.” MANNHEIM, op. cit., p. 722. O criminoso de colarinho branco envolvido no crime organizado pode ser um membro efetivo de uma organização criminosa ou alguém que preste “serviços” ocasionalmente.

bonds. Business is not the pawn of organized crime; it is, in fact, an integral part.

The organization and coordination of crime is very much like the structure of legitimate business. Finance, investment, capitalization, and credit all matter just as much for organized crime as for McDonalds. In both cases, “bankers” have a great deal of say in the structure of the enterprise. Money enters the banking system from a great variety of sources, usually in used bills, the profits of gambling, vice, narcotics, burglary. In the system, they can be laundered through Las Vegas, Miami, Mexico, Liechtenstein, Switzerland, the Caribbean, and other places. They can be invested and give the businessperson a level of return on profit impossible without the connection to organized crime. After almost a century, organized crime enterprises have thoroughly penetrated legitimate businesses. The scale of the multinational money-moving conglomerate is suggested by two things: the vast profits of gambling must go somewhere, and the tiny proportion of drug operations that actually come to light involve a substantial capital investment²⁴.

Na perspicaz avaliação dos autores, o crime organizado serve de ligação entre o submundo e o mundo dos negócios legítimos e da política,

²⁴ “Contrariamente à imagem oficial do crime organizado, criminosos do submundo e do mundo superior formam laços estreitos, simbióticos. Os negócios não são o brinquedo do crime organizado; são, de fato, uma parte integrante. A organização e coordenação do crime é muito parecida com a estrutura dos negócios legítimos. Finanças, investimento, capitalização e crédito todos importam exatamente tanto para o crime organizado quanto para o McDonalds. Em ambos os casos, os “banqueiros” têm muito a dizer em relação à estrutura da empresa. O dinheiro entra no sistema bancário de uma grande variedade de fontes, usualmente em notas usadas, os lucros de jogo, depravação, narcóticos, roubos. No sistema, eles podem ser lavados por Las Vegas, Miami, México, Liechtenstein, Suíça, Caribe e outros lugares. Eles podem ser investidos e oferecer à pessoa de negócios um nível de retorno em lucro impossível sem a conexão com o crime organizado. Após quase um século, os empreendimentos do crime organizado penetraram completamente em negócios legítimos. A extensão do conglomerado multinacional de movimentação do dinheiro é sugerida por duas coisas: os vastos lucros do jogo devem ir para algum lugar e a minúscula proporção de operações de droga que realmente vêm à luz envolve um investimento substancial de capital”. POTTER; GAINES, op. cit., p. 69. (Tradução nossa).

relações essas que são funcionais e necessárias à sua sobrevivência e eficiência em termos operacionais:

Organized crime represents a series of reciprocal relationships and services uniting criminals, clients, and “persons of respectability.” Organized crime has as its most important function the task of providing a bridge between the covert world of organized crime and the overt world of legitimate business, finance, and politics. This reciprocal relationship, uniting what Alan Block has called the “underworld” and the “upperworld,” is the primary task of an organized crime syndicate.

The relationship between organized crime and business is both functional and necessary to the continued existence and efficient operation of organized crime. Organized crime has grown into a huge business in the United States and is an integral part of the political economy. Enormous amounts of illegitimate money are passed annually into socially acceptable endeavors. An elaborate corporate and financial structure is now tied to organized crime. The existence of that structure renders much of the utility of social constructs such as “white-collar” and “organized crime” irrelevant²⁵.

²⁵ “O crime organizado representa uma série de recíprocas relações e serviços ligando criminosos, clientes e “pessoas de respeitabilidade”. O crime organizado tem como sua função mais importante a tarefa de fornecer uma ponte entre o mundo oculto do crime organizado e o mundo público dos negócios legítimos, das finanças e da política. Esta relação recíproca, ligando o que Alan Block chamou o “submundo” e o “mundo de cima”, é a tarefa primária de um consórcio do crime organizado. A relação entre o crime organizado e os negócios é tanto funcional quanto necessária à existência continuada e operação eficiente do crime organizado. O crime organizado se tornou um imenso negócio nos Estados Unidos e é uma parte integral da economia política. Somas enormes de dinheiro ilegítimo são transformadas anualmente em empreendimentos socialmente aceitáveis. Uma elaborada estrutura empresarial e financeira está agora ligada ao crime organizado. A existência dessa estrutura torna irrelevante muito da utilidade de constructos sociais tais como “crime de colarinho branco” e “crime organizado”. POTTER; GAINES, op. cit., p. 88. (Tradução nossa). Essa relação entre o crime organizado, o crime de colarinho branco e o universo político é também ressaltada por Sheila Selim de Sales: “Parece-nos, todavia, que tal afirmação [de que o desenvolvimento de práticas

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os traços que mais identificam o fenômeno do crime organizado estão, precisamente, na atualidade, a existência de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes – especialmente via corrupção, para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal –, o fornecimento de bens e serviços ilícitos, a infiltração na economia legal e a grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de obtenção de lucro e poder. Tais características testemunham o enfraquecimento das “fronteiras” doutrinariamente estabelecidas entre o crime organizado e o crime de colarinho branco, evidenciando a íntima relação daquele com este, à medida que o crime organizado atua como instrumento de conexão entre o *underworld* e o *upperworld*, este domínio indubitável do crime de colarinho branco. Assim, não é o submundo, conquanto inegavelmente relevante na engrenagem do crime organizado, que o diferencia de outras expressões da criminalidade. Não há como conceber a idéia de crime organizado sem a sua inserção, em maior ou menor proporção, no mundo engratado dos negócios lícitos ou não, com objetivos de lucro e poder.

Quanto mais se afirma a presença ou a influência direta ou indireta do *upperworld* no universo do crime organizado, mais perigosas são suas organizações, mais grave é a dimensão do problema e mais complexo o desafio enfrentado pelas forças de prevenção e repressão à macrocriminalidade.

ilícitas no seio de associações lícitas, em mistura à natureza dos negócios, é um dos fatores indicadores da falência da categoria do “crime organizado”, na avaliação de Eugenio Zaffaroni tem valor apenas relativo e que o *real cerne* da criminalidade organizada está ligado à criminalidade econômica e sua estreita ligação com o Poder Político e as instituições, portanto, ao não menos tormentoso problema do *white collar crime*, ou da denominada máfia *a guanti gialle*”. SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. p. 171-172.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Os crimes contra a ordem econômica no esboço de nova Parte Especial do Código Penal de 1994 (características gerais). In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). **Justiça penal - 3**: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 219-262.

GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). **Readings in white-collar crime**. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 7-25.

GOMES, Luiz Flávio. Âmbito de incidência da Lei 9.034/95. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-crime. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 89-108.

_____. Principais notas criminológicas. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-crime. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 73-82.

JESUS, Damásio E. de. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao Direito penal transnacional. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester (Org.). **Estudos jurídicos**: em homenagem ao Professor João Marcello de Araujo Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 129-136.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000. 226 p.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**: anotações à Lei Federal nº 9.034/95 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 135 p.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85]. v. 2.

OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**: comentários à lei 9.613/98: aspectos criminológicos e político-crime: tipologia da lavagem de capitais: direito internacional e comparado: dos crimes e das penas: aspectos processuais e administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 313-340.

PODGOR, Ellen S.; ISRAEL, Jerold H. **White collar crime in a nutshell**. 2nd ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1997. 452 p. (West Nutshell Series).

POTTER, Gary; GAINES, Larry. Underworlds and upperworlds: the convergence of organized and white-collar crime. In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). **Readings in white-collar crime**. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 60-90.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime organizado no Brasil**: comentários à Lei nº 9.034/95: aspectos policiais e judiciários: teoria e prática. São Paulo: Iglu, 1998. 190 p.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 182-190, jan./mar. 1996.

ROSÉ, Philippe. **La criminalité informatique**. 2e ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. 128 p.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004. 281 p.

SCHEB, John M.; SCHEB II, John M. **Criminal law**. 3th ed. Belmont, California: Wadsworth, 2003. 450 p.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro**: comentários à Lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999. 258 p.

STERLING, Claire. **A máfia globalizada**: a nova ordem mundial do crime organizado. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 283 p. Título do original americano: *Thieves' world*.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**: the uncut version. New Haven/London: Yale University Press, 1983. 291 p.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. **Principles of criminology**. 11th ed. New York: General Hall, 1992. 696 p. (The Reynolds Series in Sociology).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, v. 1, n. 1, p. 45-67, jan./jun. 1996.

A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EM QUESTÃO POSSIBILIDADES E LIMITES NO SÉCULO XXI

*Cláudio Alberto Gabriel Guimarães**

Se de algo se pode acusar globalmente aos penalistas alemães da época da República de Weimar, valorações ideológicas a parte, é de haverem sido demasiado conseqüentes com os postulados puramente dogmáticos dos quais partiam, cultivando a dogmática jurídico-penal l'art pour l'art, distanciando-se bastante da realidade política, social e econômica na qual viviam, e deixando, de certo modo, com suas esquisitices e elucubrações teóricas, a porta aberta à terrível besta do fascismo, a que não quiseram ou não souberam identificar como verdadeiro inimigo da humanidade¹.

Resumo: O presente artigo objetiva (re)discutir os postulados de legitimação da dogmática jurídico-penal, enquanto pretensa Ciência do Direito, assim como os fundamentos do próprio poder de punir, tendo como foco principal os limites e possibilidades da dogmática jurídico-penal no atual contexto jurídico.

Palavras-chave: Dignidade humana. Princípio da legalidade penal. Princípio da igualdade penal. Dogmática jurídico-penal. Poder punitivo.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Sócio Fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Docência Superior pelo UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com área de concentração em Criminologia. Pesquisador do CNPq. calguimaraes@yahoo.com.br

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tempo**. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. Valencia: Tirant lo Blanche, 2002. p. 65-66.

1 INTRODUÇÃO

Muitas arbitrariedades – para não adjetivar de maneira mais veemente – foram cometidas ao longo da história do Direito Penal, com o total respaldo da Ciência do Direito. Clássico exemplo de tal fato foi a ampla fundamentação dogmática elaborada pelo famoso penalista alemão, Edmund Mezger, para respaldar a purificação da raça Ariana, nos idos do nacional-socialismo que levou à Segunda Guerra Mundial e cujo principal artífice foi Adolf Hitler².

Alguns poderão argumentar dizendo que tais fatos pertencem ao passado e que situações de tal natureza jamais se repetirão, ainda mais respaldadas pela dogmática penal, vez que existem hodiernamente inúmeros mecanismos de controle, inclusive internacionais, tais como as declarações de direitos, os pactos e até mesmo um Tribunal Penal chancelado pela Organização das Nações Unidas - ONU.

Todo cuidado é pouco. Estamos diante de um quadro em que se solidifica um contexto de elaboração da legislação penal de emergência, com todas as arbitrariedades que, inexoravelmente, acompanham tais tipos de leis. Os exemplos, no Brasil, proliferam incessantemente: lei de crimes hediondos; lei da delação premiada, lei Maria da Penha, Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, entre tantas outras.

O objetivo do presente artigo, portanto, é (re)discutir as possibilidades e os limites da dogmática jurídico-penal ante tal estado de coisas. Qual o melhor caminho a ser trilhado por aqueles que são responsáveis pela elaboração, interpretação e, conseqüentemente, aplicação da legislação penal.

2 LEGITIMAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR

Necessário se faz iniciar a reflexão a que se propõe o presente trabalho questionando os fundamentos do direito estatal de punir. Em uma perspectiva ampla totalmente comprometida com o Estado Democrático,

² Um amplo estudo sobre tal fato pode ser encontrado em MUÑOZ CONDE, op. cit.

investigar-se-á se tal função do Estado é legítima ou não, se é coerente ou não o discurso apresentado com o escopo de justificar e legitimar o *jus puniendi*.

O fim de uma fundamentação, no âmbito político, é legitimar aquilo a que se propõe, ou seja, fundamento é a motivação apresentada para justificar determinadas atitudes de poder que, se procedentes, acabam por conferir legitimidade a tais atitudes.

Logo, se a motivação é suficiente e as atitudes se mostram procedentes aos olhos dos membros da sociedade, ou pelo menos aos da maioria destes, está legitimado aquilo que foi proposto, haja vista que aceito ou compreendido.

Esse o caminho a ser percorrido pela lei penal para conferir legitimidade ao monopólio do poder de punir estatal; em outras palavras, a questão da legitimação da lei penal, passa pela aceitabilidade social que a mesma venha a ter e sua justificação se dá através dos fins perseguidos ou demandados³.

Portanto, os fins devem justificar o uso de meios legítimos para uso da violência legal pelo Estado.

Ademais, em um contexto ideal, a legitimação deve transcender, em última instância, os critérios de legalidade, expandindo-se em direção aos critérios axiológicos, fundados na justiça, razoabilidade, verdade e utilidade.

Dessarte, em razão da amplitude dos fundamentos da legitimação – que podem ser utilizados em prol da ditadura da maioria, assim como por regimes autoritários –, toda a análise da legitimidade do direito de punir terá como fio condutor os ideais da liberdade e da igualdade humanas, em razão mesmo da utilização de tais fundamentos pela maioria do pensamento que formulou e formula a doutrina da democracia.

Para tanto, mister que definamos o alcance e as variações de tão controvertido termo, haja vista que amiúde utilizado de forma díspar pela

³ Sobre a historiografia da legitimação do castigo, cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coord.). Historia e legitimación del castigo. Hacia dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 86-137, GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de teoría social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

doutrina, sendo necessário, pois, definir o significado adotado no presente trabalho⁴.

Yacobucci⁵ sustenta que as regras e os fins são os dois referentes básicos de justificação do poder político; logo, a legitimação primária de tal poder e de seu exercício pressupõe uma adequada disposição entre os fins ou bens comuns almejados pela sociedade e as normas estabelecidas para consecução de sua proteção. Para o alcance dos fins comuns a todos, basicamente tranqüilidade, segurança e paz, pode o Estado fazer uso da coação penal, desde que não admita decisões aleatórias ou contingentes e sim produza previsibilidade, satisfação de expectativas, certeza e segurança.

Ferrajoli⁶ chama a atenção para o entendimento geral que predomina no meio jurídico que advoga ser legítimo, no âmbito interno do direito, aquilo que é válido, ou seja, o direito elaborado conforme as normas que disciplinam a sua produção. Entendemos que para os nossos objetivos tal conceituação se torna insuficiente, sendo necessário que utilizemos também a posição do referido autor relativa à legitimação externa do direito⁷, por assim dizer, é legítimo o direito quando tido como justo, com base em critérios morais, políticos, racionais, ou naturais.

Percebe-se, do exposto, ser o binômio legitimador pautado nos fins e objetivos a serem obtidos pelo poder político através do Direito Penal,

⁴ Ferrajoli faz uma séria advertência sobre a legitimidade da justiça penal, aduzindo que “Vinte anos de legislação emergencial, de inflação penal e de progressiva restrição do sistema de garantias produziram a perda de legitimidade da justiça penal, que é apenas contingentemente coberta pela legitimação viciada e, além disso, imprópria, do consenso popular no confronto dos grandes inquéritos. Daí, sobretudo, a necessidade e a urgência de se abrir, finalmente – depois de anos de exceção, de conflitos e tensões políticas, crises institucionais, incompreensões corporativas do mundo da justiça –, um período de reforma idônea refundando em bases racionais e garantistas o direito penal”. (FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 37, 2º. Semestre de 2002b).

⁵ YACOBUCCI, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Buenos Aires: Ábaco, 2000. p. 33-35.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. p. 171.

⁷ Id. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 95.

assim como sua origem, modo e estrutura de exercício, aquele que prevalece na doutrina contemporânea.

No presente artigo, conjugaremos os entendimentos fundindo-os em um só, cuja gênese funda-se no pressuposto do respeito inegociável à dignidade humana, ou seja, é legítimo o direito que tem por fim inexorável o respeito à pessoa, elevando sua dignidade a dogma sagrado, haja vista ser a dignidade imanente a todo ser humano a partir de seu nascimento, acompanhando-o até o túmulo.

Dignidade não se ganha nem se perde, não aumenta nem diminui; é como a vida, inicia-se com ela e somente com ela se finda⁸.

Assim sendo, é legítimo o direito – tanto no âmbito de sua elaboração quanto no plano de sua aplicação – pautado nos princípios constitucionais que colocam os direitos imanescentes ao homem acima de qualquer negociação, privilegiando os valores que atendam à concretização de uma existência digna.

Democracia e *jus puniendi*, eis o cerne da questão. No atual momento global como coadunar as teorias que fundamentam o direito de punir com as possibilidades de acesso as promessas democráticas, o que, em última instância, garantiria a fruição de direitos imanescentes à dignidade do homem?

Partimos do pressuposto dogmático segundo o qual toda a legitimação do Direito Penal é construída sobre dois pilares: o Princípio da Legalidade e o Princípio da Igualdade, que teriam a missão de trazer uniformidade e previsibilidade às decisões judiciais, assim como uma aplicação igualitária das mesmas, com o escopo maior de assegurar a paz, a segurança e a harmônica convivência social.

⁸ Segundo Rabenhorst, “O termo dignidade, do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Apesar de a língua portuguesa permitir o uso tanto do substantivo dignidade como do adjetivo digno para falar das coisas (quando dizemos por exemplo que uma moradia é digna), a dignidade é acima de tudo uma categoria moral que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres”. (RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 14).

Para o cumprimento de tal desiderato, necessário se faz conceituar o que entendemos por dogmática jurídico-penal, socorrendo-nos, então, do posicionamento de Andrade⁹, que pontua:

A dogmática penal é assim concebida pelos penalistas que protagonizam e compartilham do seu paradigma, como uma ciência normativa (de ‘dever ser’), que tem por objeto o Direito penal identificado com a legislação penal vigente e por método o técnico jurídico de natureza lógico abstrata, cuja tarefa é a ‘construção jurídica’ de um sistema de conceitos e princípios direcionado por uma função essencialmente prática.

É exatamente a função instrumental, “essencialmente prática”, a que se propõe a dogmática penal, baseada em pressupostos racionais e garantidores, que teriam por fim último converter o que foi programado pelo legislador no que será aplicado pelos operadores jurídicos de forma segura e igual, o alicerce do monopólio da violência física praticada pelo Estado Moderno.

De ver-se, portanto, que através de uma clara inspiração liberal, cujo objetivo principal é garantir direitos do indivíduo frente ao Estado, a dogmática penal traduz-se em promessa de racionalização do poder punitivo estatal aliada à segurança jurídica necessária para uma boa administração da justiça penal.

Assim, pelo prisma do Princípio da Legalidade garante-se a origem e a clareza das normas, que serão explicadas congruentemente com os propósitos do legislador, em um sistema lógico e abstrato que conferirá através do Princípio da Igualdade, uma aplicação igualitária das decisões judiciais.

Todo esse desiderato, é bom que se frise, imprescinde da construção de um sistema¹⁰, e é exatamente nesse ponto que aflora o escopo maior da

⁹ ANDRADE, Vera Regina P. Dogmática e controle penal: em busca da “segurança jurídica” prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: SAFE, 1994b. p. 125.

¹⁰ Segundo Zaffaroni et al, “O horizonte de projeção do direito penal, abarcando as normas jurídicas que habilitam e limitam o exercício do poder coativo do estado em forma de pena (poder punitivo), seria o universo dentro do qual deve ser construído um sistema de compreensão que explique quais são as hipóteses e condições que permitem formular o

dogmática jurídico-penal. Um sistema científico que englobe o conteúdo e a estrutura dos preceitos penais, apreendendo-os conceitualmente e colocando-os em uma ordem lógica incensurável é o instrumento imprescindível para legitimação do Direito Penal.

Para melhor compreensão do tema, imprescindível a conceituação elaborada por Jescheck¹¹:

O núcleo da Ciência do Direito Penal é a dogmática jurídico-penal (teoria do Direito Penal), que, partindo da lei penal que constitui seu fundamento e limite, elabora o conteúdo conceitual e a estrutura das proposições jurídicas; ordena o material jurídico em um sistema no qual também têm capacidade as sentenças dos Tribunais e as opiniões da ciência e intenta descobrir novos caminhos de elaboração conceitual e de sistemática. Mediante a interpretação progressiva do direito vigente, com base em um exame crítico, da comparação e da classificação da jurisprudência, a dogmática do Direito Penal, como ponte entre a lei e a prática, serve a uma aplicação do Direito Penal pelos Tribunais igualitária e em constante renovação, contribuindo assim para um alto grau de justiça.

Logo, através da dogmática penal, são definidos os pressupostos para a incriminação de condutas, suas diferenciações típicas, as causas que elidem a antijuridicidade de uma conduta típica, que tornam um fato típico e antijurídico em não culpável e, portanto, não punível; definidas também são as espécies de pena, seu modo de aplicação, entre outras medidas que

requerimento punitivo (teoria do delito) e qual é a responsabilidade que diante deste requerimento a agência (judicial) competente (teoria da responsabilidade penal) deve proporcionar”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito penal brasileiro**. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 39). Para aprofundamento no tema, ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal** – parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. V. I. Barcelona: Bosch, 1981. p. 58.

assegurariam uma justa e segura aplicação das normas penais¹².

É tão forte a crença na função limitadora do poder punitivo do Estado pelo Direito Penal que Liszt¹³ chegou a afirmar ser o Código Penal a magna carta do delinqüente e o Direito Penal barreira intransponível da política criminal.

Portanto, o Direito Penal se justifica em razão de assegurar a paz, a segurança e a possibilidade de harmônica convivência social, além de se constituir em um obstáculo contra a arbitrariedade e a violência que indefectivelmente aflorariam no seio da comunidade se não houvesse a interferência estatal, na forma da potestade punitiva, para a resolução dos mais graves conflitos.

Há, pois, uma intrínseca ligação entre a produção legislativa e o pensamento dogmático, que em uma relação simbiótica acabam por possibilitar a produção da legislação penal de forma previamente justificada ou, na pior das hipóteses, justificável ante as situações concretas do porvir, conformando o sistema de Direito Penal.

Ao sistema de Direito Penal, portanto, incumbe evitar a possibilidade de ocorrência da violência criminal no meio social, em caso de ocorrência de tal fato, evitar a possibilidade da vingança privada e, por fim, evitar os

¹² Exhaustivamente cf. Andrade, que em síntese crítica, assim se posiciona: “A dogmática afirma-se, portanto, desde sua gênese histórica, como uma Ciência sistemática e eminentemente prática ao serviço de uma administração racional da justiça penal que teria como subproduto a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais. Podemos demarcar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida que denominaremos de função instrumental racionalizadora/garantidora. Ela guarda, a rigor, duas dimensões que, embora umbilicalmente ligadas, podem ser analiticamente distinguidas. É que a dimensão orientadora, preparadora, programadora, ou prescritiva das decisões judiciais penais, nela contida, implica uma contribuição técnica do paradigma (interpretativa e conceitual) no reconhecimento da juridicidade e na decisão dos conflitos criminais, isto é, à operacionalidade decisória. Mas intrinsecamente conectada a esta dimensão técnica encontra-se uma base humanista que, ideologicamente vinculada à exigência de garantia dos Direitos Humanos individuais, confere àquela dimensão técnica um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas”. ANDRADE, Vera Regina P. de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a. p. 123.

¹³ LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho penal**. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Traducción de Carlos Perez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995. p. 36.

excessos do poder punitivo quando da resposta estatal a tais fatos.

Para Silva Sánchez¹⁴,

Em definitivo, a concreta configuração do sistema de Direito penal se mostra como o produto de uma relação dialética entre o interesse em eliminar a violência social extrapenal e o interesse em diminuir a própria violência do sistema penal (porque assim o dispõe reais razões de utilidade ou em atenção a outras finalidades garantísticas assumidas). Esta tensão interna, que não se percebe como tal nos meios de controle social informal nem provavelmente tampouco no âmbito do Direito penal anterior a modernidade, é, ao meu juízo, o motor – dialético – fundamental do enorme progresso alcançado nas idéias penais – e em sua tradução legislativa e prática – durante os dois últimos séculos.

Do exposto, fácil deduzir que o meio a ser utilizado para o alcance dos fins acima referidos, em definitivo, é a dogmática penal que, ao viabilizar a consecução dos objetivos do Direito Penal de forma igualitária e segura, se constitui na base legitimadora e racionalizadora do poder de punir do Estado.

Que fique claro! O asseguramento da paz, da segurança e da possibilidade de convivência social harmônica seriam condições necessárias, mas não suficientes para legitimar o Direito Penal. Tais objetivos já eram propostos pelo Estado Absoluto e o que existia era um Direito Penal do terror, ou seja, apesar dos fins continuarem sendo, em uma última análise, os mesmos, os meios utilizados para se configurarem como legítimos, necessariamente devem ser bem menos grotescos – tortura, penas cruéis, juízos de exceção, aplicação desigual de lei, entre outras barbaridades – que os usualmente praticados naquela época.

Logo, somente a esfera justificadora não é suficiente, posto que os fins não podem justificar os meios; imprescindível, pois, a construção de meios idôneos legítimos para o alcance de fins previamente justificados.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bocsh, 1992. p. 186.

Assim, em uma última análise, o que legitima o alcance dos fins perseguidos pelo Direito Penal é exatamente o modo como este é aplicado. E só quem pode garantir uma aplicação justa, segura e igualitária do *jus puniendi* é a dogmática penal.

2 OS OBJETIVOS DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Uma das principais características que demarcam o mundo dogmático é o pressuposto de que parte o mesmo. É imprescindível para o sistema penal, por uma questão de lógica, que a sociedade para a qual se direcionam as leis penais – objeto de estudo da dogmática – seja uma sociedade harmônica, consensual, estável, estabelecida e integrada socialmente; sintetizando, uma sociedade que comungue das mesmas ideologias – ideologia da defesa social¹⁵.

Gimbernat Ordeig¹⁶ explicita bem o entendimento acima expendido quando conceitua o intérprete do direito positivo como dogmático, esclarecendo que “dogmático porque parte da lei – o que deve ser interpretado – como de um dogma: por isso a semelhança entre a atitude do jurista e a do teólogo; esse é também o motivo pelo qual a ciência da interpretação da lei recebe o nome de dogmática jurídica”.

Dogma nada mais é – como também nada menos – que uma verdade incontestável, uma verdade que não necessita de explicações anteriores, é apriorística, vale a partir de seu próprio enunciado. Não depende

¹⁵ Segundo Elbert, “[...] já não há forma de demonstrar que a sociedade é consensual e igualitária ou que se preocupe pela segurança e pelo destino de todos os cidadãos. Muito menos que a máquina legal intervenha em todos os conflitos ou que esteja interessada ou em condições de fazê-lo. [...] A irregularidade institucional generalizada torna mais fácil que nunca a criminalização dos excluídos, tanto no plano individual como familiar”. (ELBERT, Carlos Alberto. *El nuevo rol del estado en América Latina y el control de la sociedad*. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone P. M. (Org.) **A sociedade, a violência e o direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a. p. 67). Sobre a ideologia da defesa social, cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 41-48.

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da Ciência do Direito Penal**. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

da facticidade, de nenhuma forma de experiência, por ser gerada no interior da própria razão.

Dessarte, o Estado se legitima no combate à criminalidade em razão dos comportamentos delituosos representarem ofensas aos interesses fundamentais dos indivíduos, que atentam contra a existência de toda a sociedade, sendo a lei penal igual para todos, pois a reação frente ao delito é aplicada de modo similar para todos os infratores.

A lei penal, portanto, é o dogma que garantirá uma convivência harmônica no seio da sociedade e que deve ser interpretada pelo dogmático – cientista do direito –, encarregado de elaborar a dogmática jurídico-penal, cujo principal objetivo seria prover a sociedade de segurança jurídica. Tal processo hermenêutico passa necessariamente, frise-se, pela legalidade e pela igualdade.

Nas palavras de Gimbernat Ordeig¹⁷:

Dúvidas e mais dúvidas sobre o que diz o Direito Penal. Algumas delas têm sido resolvidas – ou ao menos é o que parece – pela dogmática penal. Outras talvez não se resolvam nunca. De qualquer maneira, à dogmática do Direito Penal não falta matéria sobre que trabalhar.

Dessume-se, sem grandes esforços teóricos, que o infrator representa, então, o mal, constituindo-se em um elemento disfuncional para a sociedade, já que com suas ações agride o estabelecido consensualmente – através da lei – como o que é bom para todos que integram harmonicamente o meio social¹⁸.

Em resumo, toda a construção dogmática parte do pressuposto de que a legislação penal atende a todas as exigências que se fazem necessárias para uma harmônica convivência social – tal harmonia deriva de uma verdade a priori, portanto, incontestável –, representando, se não a totalidade dos interesses de todos os cidadãos, com toda a certeza, a da maioria destes.

Portanto, quando a harmonia pré-estabelecida é ameaçada, deve o Direito Penal entrar em cena para identificar e punir os pretensos

¹⁷ *Ibidi*, p. 36.

¹⁸ Sobre o tema, cf. BARATTA, op. cit., p. 42-43.

causadores de tal perturbação da ordem social e, assim, restabelecer o consenso, sempre tendo sua aplicação pautada em uma explicação última da lei.

Deve-se sempre destacar que, no Estado moderno ocidental, a legalidade exerce um imprescindível papel legitimador, já que ao aplicar aquilo que previsto em lei, o Estado, através de seus operadores jurídicos, acabam por legitimá-lo como Estado de Direito¹⁹.

É legítimo o que é legal!

Tudo o que está previsto em lei, como que por um passe de mágica, acaba sendo tido como justo, como algo que realmente reflete os anseios da sociedade como um todo; jamais prevaleceriam os interesses de determinados estratos sociais em detrimento dos demais, em outras palavras, a lei é justa por objetivar diminuir ou mesmo extinguir as diferenças imanentes a uma sociedade de classes.

Estamos diante, dessarte, do que a doutrina denomina de naturalidade da criminalização secundária²⁰, ou seja, o exercício do poder punitivo atinge a todos igualmente, sendo exercido somente pelos juízes, de acordo com o mandato dos legisladores – legítimos representantes do povo –, através das agências do sistema penal que obedecem inexoravelmente à lei.

Para o alcance de seus desideratos, podemos destacar como imprescindível, para dogmática penal, a elaboração de uma base de sustentação científica para a prática do Direito Penal, conseguida através de mecanismos criados dentro do sistema lógico-abstrato, que proporcionam uma interpretação uniforme da lei, trazendo como consequência um alto grau de segurança na decisão judicial, pois a mesma reflete o que foi estabelecido pela legislação.

Em síntese, a dogmática jurídico-penal se auto-atribui duas funções primordiais, uma função de caráter instrumental – positiva – que consiste na contribuição interpretativa e conceitual ao órgão judiciário, para aplicação

¹⁹ Andrade defende a idéia de que “[...] a legitimação pela legalidade que marca o moderno poder penal resulta da intervenção do Direito positivo (positivo=lei) na história do poder de punir. [...] O Estado moderno se faz e se apresenta como Estado de Direito, e o seu poder de punir se afirma como direito de punir (*jus puniendi*)”. (ANDRADE, op.cit., p. 177-178)

²⁰ Maiores detalhes em ZAFFARONI et al, op. cit., p. 71-73.

nas decisões dos conflitos criminais e uma função racionalizadora/garantidora – negativa – cujo escopo maior é a limitação do poder punitivo do Estado, ou seja, funcionaria como o controle do controle social que objetiva operacionalizar.

Tais funções são contempladas pelo princípio da legalidade, princípio reitor do Estado Capitalista burguês – que almeja legitimar-se pela legalidade, reiteramos –, o que confere ao mesmo apresentar-se como Estado de Direito, fazendo com que a dogmática jurídico-penal identifique o Direito Penal como uma legislação totalmente acorde a tal princípio; em outras palavras, é uma legislação escrita, certa, clara e irretroativa, que protege bens jurídicos universais, neutralizando a subjetividade do juiz e proporcionando decisões justas e iguais.

Na ótica de Andrade²¹:

Em definitivo, pois, a matéria-prima do discurso dogmático racionalizador/garantidor é a dicotomia liberal Estado (poder punitivo) X indivíduo (liberdade individual), sob o signo dos limites, pois a questão central que o condiciona é como racionalizar, em concreto, o poder punitivo (violência física) face aos direitos individuais (segurança); é como punir, em concreto, com segurança, no marco de uma luta racional contra o delito.

Ademais, o princípio da legalidade exerceria outras funções, uma no âmbito material, intrinsecamente ligada ao sentido político, que proporcionaria aos cidadãos compreender as finalidades do mandato ou da proibição contida na lei, outra no âmbito técnico-jurídico, que afloraria quando da aplicação da lei, exigindo-se uma referência a valores, necessariamente contidos nas prescrições²².

Mais modernamente postula-se que a dogmática verifique o alcance de seus objetivos, se apesar da coerência e perfeição do sistema lógico-jurídico, que lhe permite dar respostas coerentes, previsíveis, não arbitrarias

²¹ ANDRADE, op. cit., p. 123.

²² Sobre o tema, cf. YACOBUCCI, op. cit., p. 101.

ou improvisadas, se tais respostas estão acordes com os postulados de um Estado Democrático de Direito, entendido este como compatível com o sistema constitucional garantidor dos direitos humanos.

Luca²³, defendendo o posicionamento acima exposto, entende que

Não é correto pensar que as formulações dos juristas se limitam ao teórico-abstrato. A interpretação da lei também está impregnada de crítica social, necessária para desmascarar posições inumanas e autoritárias, as que, por via de um raciocínio lógico, se apresentam muitas vezes como consequência normal e natural do sistema proposto. O direito penal, de fato, deve estar ao serviço da proteção de valores humanos elementares e só adquire dignidade quando se libera do puro positivismo e passa a integrar-se em uma ordem social que garanta ao homem a plena realização de sua individualidade e potencialidade.

Neste diapasão, há um enaltecimento do papel da dogmática, exatamente quando se faz uso de um Direito Penal de emergência – mais preocupado em defender o sistema econômico que combater as distorções sociais pelo mesmo geradas – postulando-se que contra tal estado de coisas, necessário se faz que haja um instrumento de estudo e análise racional, que tenha por fim primeiro converter o direito punitivo em um meio para o alcance de uma sociedade mais justa e igualitária, já que lhe é imanente o papel instrumental que permita mudanças que reflitam o progresso social²⁴.

É objetivo da dogmática proporcionar ao Direito Penal a possibilidade de garantir a paz social, protegendo e realizando bens jurídicos, assegurando a vigência da ordem normativa, integrando os cidadãos à mesma e, quando da resposta a sua afetação, em razão da prática de delitos, que esta seja pautada em critérios de justiça e utilidade²⁵.

²³ LUCA, Javier Augusto de. Funcion de la dogmática en la administración de la justicia penal. In: _____. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 101.

²⁴ MARGARINOS, Héctor Mario. Función de la dogmática penal en la administración de justicia penal. In: _____. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 81.

²⁵ Sobre o tema, cf. YACOBUCCI, op.cit., p. 104-105.

É necessário, pois, nessa linha de raciocínio, que se reconheçam os sofrimentos, danos reais, afetações que as pessoas acabam por produzir umas nas outras, que não são nem foram construídas por nenhum sistema, vez que todos os homens sentem-se naturalmente lesionados quando atingidos por tais tipos de condutas.

A partir desse reconhecimento deve-se deixar para o sistema punitivo a interferência somente nos casos em que bens de suma importância para a coletividade forem lesados e, mesmo assim, quando a lesão se constituir em algo de real gravidade.

A delimitação dos bens de suma importância para a coletividade, assim como da real lesividade da conduta delituosa seriam, então, os objetivos de uma dogmática jurídico-penal comprometida com um Direito Penal mínimo e garantista, haja vista que a partir dela os objetivos, fins e bens imanentes a todos os seres humanos, independentemente da classe a que pertençam, seriam identificados, com a conseqüente proteção dos mesmos pelos meios a serem determinados por uma dogmática penal – marcos normativos – voltada para a democracia e, portanto, para a justiça.

Segundo Gimbernat Ordeig²⁶,

A tarefa do penalista consiste em ir superando as aparentes contradições que surgem das soluções dos diferentes problemas e em harmonizar essas soluções em um sistema. Num sistema que nunca poderá ser considerado como algo definitivo, mas sempre como suscetível de modificações e de nova harmonização quando for preciso incorporar a ele novos princípios obtidos do enfrentamento de novos problemas.

Do exposto, duas conclusões lógicas se fazem presentes: a primeira é que independentemente das várias nuances que são trazidas e defendidas pelos estudiosos da dogmática jurídico-penal, há uma convergência dos posicionamentos doutrinários que se dá em razão dos fins do Direito Penal, cujo objetivo último é o de garantir uma convivência intersubjetiva segura e pacífica, o que conseqüentemente traria harmonia para o seio da sociedade.

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, op.cit., p. 94.

A segunda conclusão diz respeito aos meios para alcance de tal mister. Ao contrário do que ocorre com a justificação do Direito Penal, em sede de legitimação, vários são os posicionamentos. Entretanto, todos passam pelo mesmo arcabouço teórico, qual seja: a dogmática penal.

A unanimidade erigida em torno da dogmática como meio de prover segurança e igualdade na aplicação do Direito Penal, com a conseqüente limitação do poder punitivo – seus dois grandes objetivos declarados –, por sua vez, não afastou a elaboração de uma acirrada e bem fundamentada crítica, a ser exposta no próximo tópico.

3 CRÍTICA À DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

O marco inicial para uma construção crítica coerente e construtiva da dogmática penal parte do pressuposto do rompimento, ou não, com as premissas teóricas que indicam uma sociedade harmônica²⁷ na qual é aplicado o Direito Penal, pautado nos princípios da legalidade e da igualdade, assim como no alcance das funções declaradas da pena, verificadas ou não verificadas ou verificáveis, pela potestade penal.

Quanto à primeira premissa, de uma sociedade harmônica em que impera a paz social e a possibilidade de uma coexistência pacífica entre seus membros, cuja disciplina que possibilita tal harmonia se dá por meio de um Direito Penal estritamente vinculado aos imperativos dos princípios da legalidade e da igualdade, erigem-se dados empíricos que demonstram a falsidade de todos os fundamentos teóricos que poderiam sustentar tal crença, posto que na realidade a criminalização secundária nada tem de natural, operando as agências do sistema penal, isto sim, de forma seletiva, violenta e arbitrária²⁸.

²⁷ Não é de hoje que essa questão suscita o interesse da doutrina. Foucault, na década de setenta do século XX, relatava que “Há um problema que há muito tempo me interessa, é o do sistema penal, da maneira como uma sociedade define o bem e o mal, o permitido e o não permitido, o legal e o ilegal, a maneira como ela exprime todas as infrações e todas as transgressões feitas à sua lei. [...] Uma coisa é certa: o sistema repressivo ou mesmo o sistema penal não é mais suportado pelas pessoas”. (FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. Tradução de Vera Lúcia de Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 32).

²⁸ Segundo Zaffaroni, “O sistema penal está obrigado sempre a selecionar, porque essa imensa disparidade entre a criminalização primária e a capacidade operativa das agências

Há um claro antagonismo, portanto, à ideologia da defesa social²⁹.

Entende-se que o sistema penal opera de forma seletiva em face dos interesses específicos dos grupos sociais que se encontram no ápice da pirâmide social, priorizando-se o uso do Direito Penal com o precípua fim de reprimir e marginalizar os grupos sociais subalternos como meio de manutenção do poder e, conseqüentemente, do *status quo*³⁰.

Desde o início do processo de criminalização com a definição dos tipos penais pelo legislador, passando pela concreta aplicação da lei pelos agentes do sistema penal, com todo o subjetivismo estigmatizante que lhe é peculiar, até o fim da atuação deste sistema através da execução das penas, momento culminante da irracionalidade punitiva, afirma-se com convicção, todo o aparato punitivo estatal se desenvolve de forma seletiva e profundamente interessada, em outras palavras:

A imposição da pena, vale repetir, não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade. Para isso, não é necessário nem funcional acabar com a criminalidade de qualquer natureza e, muito menos, fazer recair a punição sobre todos os autores de crimes, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, emprestem sua imagem à personalização da figura do

de criminalização secundária, necessariamente o levam a selecionar, e toda a atividade que é seletiva é residual por não reconhecer o princípio da igualdade, que implica um certo grau de violência, de arbitrariedade e, portanto, de corrupção. Estas são características estruturais do exercício do Poder Punitivo; e por ser estruturais não as podemos suprimir nunca. Só podemos atenuá-las". (ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal y el discurso jurídico. In: _____. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 47).

²⁹ Sobre a ideologia de defesa social, cf. BARATTA, op. cit., p. 41-48.

³⁰ Sobre o assunto cf. THOMPSON, Augusto. Direito Alternativo (ou justiça alternativa?) na área penal. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 35-39, 1º semestre de 1997. Em resposta ao artigo de Thompson, elaborando uma reconstrução da crítica à dogmática, cf. CARVALHO, Salo de. Direito alternativo e dogmática penal: elementos para um diálogo. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 69-84, 2º. Semestre de 1997.

mau, do inimigo, do perigoso, assim possibilitando a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder³¹.

Tal compreensão parte do pressuposto segundo o qual o Direito Penal é utilizado para reprimir as conseqüências das desigualdades que geram injustiça social³², o que é nitidamente percebido quando da análise da criminalização primária, em que as condutas desviadas imanentes às classes desfavorecidas merecem uma atenção e resposta bem mais intensas que as condutas desviadas comumente praticadas pelos estratos sociais mais elevados.

Além da seletividade ínsita ao processo de criminalização primária, a cargo do legislador, que em última instância define os comportamentos a serem taxados de delituosos de acordo com os interesses que representa, no processo de criminalização secundária, na qual se dá a efetiva aplicação da lei penal – refletindo o que foi determinado na escolha do legislador – operacionaliza-se uma importante função, qual seja: com a aplicação da lei sobre determinados comportamentos imanentes aos estratos mais baixos da população e sobre algumas poucas pessoas pertencentes a esses estratos, desvia-se a atenção dos delitos praticados pelos membros das elites sociais, imunizando-os contra o Direito Penal.

³¹ KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 82, 1º. Semestre de 1996.

³² Segundo Baratta, “A investigação sociológica mostra, ao contrário, que: a) no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos ou antagônicos; b) o direito penal não exprime, pois, somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente; c) o sistema penal conhece não só valorações e normas conformes às vigentes na sociedade, mas também defasamentos em relação a elas; freqüentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas e negados por outros grupos e em outras áreas [...] d) enfim, uma sociologia historicista e crítica mostra a relatividade de todo o sistema de valores e de regras sociais, em uma dada fase do desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e do antagonismo entre grupos sociais, e por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas do direito penal”. BARATTA, op. cit., p. 75.

Fácil constatar que os delitos violentos, melhor dizendo, a criminalidade violenta, que geralmente se dá entre os despossuídos – latrocínios, seqüestros, homicídios, entre outros crimes hodiernamente denominados hediondos – ocupa um lugar privilegiado na mídia, o que não ocorre com os delitos de colarinho branco.

Mister que fique claro que a criminologia crítica, como normalmente apontado por seus críticos, não nega a existência de comportamentos socialmente negativos, assim como a necessidade de seu controle; não nega que estupros, latrocínios e homicídios são condutas extremamente nocivas à convivência social³³.

O que a criminologia crítica questiona é a razão pela qual entre tantas pessoas que cometem esses delitos, apenas algumas poucas sofrem a intervenção do sistema penal e a conseqüente reação social; qual a razão de tantos outros comportamentos – tão ou mais nocivos que os acima citados – não serem tipificados como criminosos e, para finalizar o inexplicável, por que quando as condutas lesivas imanentes às classes favorecidas acabam por ser criminalizadas, a maioria esmagadora dos que as praticam jamais são ou serão incomodados pelo sistema penal³⁴?

Enfim, só se configura como crime, não em relação à conduta mas em relação às conseqüências para o infrator, aquilo que o sistema resolve

³³ Sobre o tema, cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Euros, 2004. 459 p.

³⁴ Em histórico posicionamento, Baratta põe termo ao assunto quando afirma que “Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a ela pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos penais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder”. BARATTA, op. cit., p. 165.

tratar como tal. Ademais, por uma estranha coincidência, no mais das vezes, somente as condutas socialmente danosas, comuns às classes mais desfavorecidas, sofrem o processo de criminalização primária.

É uma intrincada rede na qual afloram diversas conseqüências benéficas a quem detém o poder, podendo-se verificar que até mesmo no processo de vitimização os despossuídos estão em desvantagem: como a segurança é um outro bem distribuído desigualmente, as camadas de estrato social mais baixo são as principais vítimas de delitos.

Portanto, por ser esse o meio em que se verifica uma maior vitimização em razão direta da vulnerabilidade que apresentam por falta de segurança pública, são exatamente essas pessoas que mais apóiam os movimentos de lei e ordem e, sem perceber, estão a abrir mão de garantias que lhes farão falta³⁵.

Dentro dessa guerra particular, na qual ambos os contendores pertencem a um lado só – as camadas excluídas do pacto social –, é difícil que haja alguma possibilidade de conscientização e, assim, dificulta-se ou impede-se a coalizão de tais grupos sociais, o protagonismo político e o protesto, facilitando, em última instância, os meios e os fins da repressão³⁶.

Não é sem razão que existe uma máxima efetividade do controle social sobre os desvios que se mostram disfuncionais ao sistema de produção e acumulação capitalistas – crimes contra o patrimônio, assim como os imanes aos movimentos sociais, pense-se no Movimento dos Sem-Terra³⁷.

Em franca oposição, constata-se a indiferença com que são tratados delitos graves e que, por via de conseqüência, geram grandes danos ao meio social na sua integralidade, como aqueles afetos ao meio ambiente, à criminalidade política, à criminalidade financeira, os quais parecem estar protegidos por uma capa de imunidade intransponível, porque funcionais ao sistema³⁸.

³⁵ Sobre o tema, cf. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). **Doctrina Penal**. Buenos Aires, ano 10, p. 623-650, 1987.

³⁶ Sobre o tema, cf. ZAFFARONI, op. cit., p. 47.

³⁷ Maiores detalhes sobre o assunto em ANDRADE, Vera Regina P. de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23- 56.

³⁸ Para uma introdução no assunto, YACOBUCCI, op. cit., p. 133-151. Especificamente sobre a seletividade penal no Brasil, cf. CASTILHO, Ela Wolkmer. *Criminologia Crítica*

Nas palavras de Azimi³⁹:

Uma sociedade está composta de muitos grupos diferentes. Uma pessoa pode violar as regras de um grupo e obedecer as de outro. Qual grupo devemos tomar como base para nosso juízo? No caso de delito, é claro que o juízo do grupo no poder. O que está escrito nos códigos legais e aplicados a todos os membros da sociedade é a base da estigmatização. Portanto, os processos políticos implicados na formulação e aplicação de etiquetas deveriam ser preocupação central. (Tradução nossa).

Sem embargo, em uma análise macrossocial, podemos inferir, baseados no materialismo histórico⁴⁰, que a lei penal sempre foi formulada pela classe dirigente, como forma de controle das classes subalternas, haja vista que determinadas condutas podem ser taxadas de danosas, mal

e a crítica do Direito Penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal.** (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 61-72.

³⁹ AZIMI, D.M. La naturaleza política de la ley, la desviación y la delincuencia. In: OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatización y conducta desviada.** Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas, 1973. p. 233.

⁴⁰ A criminologia crítica fundamenta-se nas teorias de Marx. Dentro da concepção materialista entende o pensador alemão que o homem, em sua individualidade e em todas as suas realizações posteriores – sociais, políticas, jurídicas e também penais –, aparece determinado pela forma de produção econômica. Em razão disso, defende que o processo de criminalização só pode ser entendido através de uma análise acerca da distribuição de oportunidades sociais e de riqueza, que em última instância é determinado pela estratificação dos grupos sociais, seguindo a lógica da estrutura de produção e da valorização do capital. Portanto, somente inter-relacionando o momento social (estratificação) com o momento econômico (propriedade dos meios de produção) com o momento político (dominação dos grupos hegemônicos), chega-se à compreensão da utilização do direito e do Estado em benefício de interesses próprios, compreendendo-se a função do processo de criminalização. Em última instância, deve-se perscrutar a qualidade de desvio efetivo que os comportamentos criminalizados têm em face do funcionamento do sistema sócio-econômico e as suas reais contradições com tal sistema. Enfim, toda estrutura econômica traz em seu seio a contradição e o conflito por estar alicerçada em relações de submissão e opressão. MARX, Karl. **O capital.** Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1980. 395 p. Por todos, cf. BARATTA, op. cit., passim.

educadas, incorretas, imorais, ou seja, podem atentar contra a ordem imposta, sem que necessariamente sejam taxadas de criminosas.

Em última instância, o que define – na maioria das vezes – aquilo que deve se estabelecer como comportamento delitivo são os interesses representados pelos que fazem as leis. É fácil perceber a inter-relação entre a lei penal e a estratificação social, podendo-se afirmar, sem margem para erros, que o sistema foi pensado antes para imunizar determinadas pessoas e comportamentos, que propriamente para proteger a sociedade.

E, assim sendo, nada do que seja proposto na seara punitiva, em nome da proteção da sociedade como um todo, em nome da defesa de bens jurídicos universais, em nome da paz e da harmonia social pode ser considerado como uma proposta séria, vez que sempre direcionada para fins de interesse do poder estabelecido – salvo raras exceções (melhor seria concessões!) que objetivam permitir a sobrevivência/reequilíbrio do sistema em momentos agudos de crise⁴¹.

Neste ponto cai por terra a fundamentação pautada na legalidade, haja vista que um princípio de importância crucial para a legitimação pretendida pelo poder punitivo, não pode, em nenhuma hipótese, operar somente no âmbito formal, sem referência aos princípios, valores e bens imanentes a todos os membros da sociedade.

Ao ser reduzido somente ao modo de produção legislativa, o princípio da legalidade não é mais que expressão funcional do poder que pretende legitimar-se através da elaboração formalmente correta das leis⁴². As leis, mormente no âmbito penal, estão sendo produzidas em prol de interesses segmentados.

Em contundente crítica, Cunha⁴³ assim se posiciona:

O princípio da legalidade dos delitos e das penas não constitui uma garantia essencial do cidadão em face

⁴¹ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado**, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991a.

⁴² Interessante crítica à perda de conteúdo do princípio da legalidade foi formulada por NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: _____. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 531-549.

⁴³ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 17.

do poder de punir do Estado. Não determina precisamente a esfera da ilicitude penal e, diversamente do que afirma a doutrina, não assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado. Tampouco estabelece a lei escrita como única fonte de incriminação e penas, impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras ou, ainda, evita a criação de normas penais postas em linguagem vaga e indeterminada.

Quanto ao princípio da igualdade, para pôr termo à discussão, não passa de uma ideologia nunca assumida pelos que detêm o poder, mais interessados em defender seus direitos e interesses de propriedade. Jamais se terá qualquer igualdade jurídica enquanto prevalecer no meio social uma distribuição terrivelmente desigual das oportunidades de acesso a direitos sociais básicos⁴⁴.

Além das grandes bases fundamentais de legitimação da função punitiva pautadas na legalidade e igualdade, em íntima conexão, e até mesmo como derivação destas, encontra-se o fundamento do caráter universal do fenômeno criminoso.

Ideologicamente é construída uma realidade segundo a qual os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal representariam interesses fundamentais de todos os cidadãos, na proporção em que as lesões aos mesmos se constituiriam em um atentado às condições essenciais ao funcionamento e existência de toda a sociedade.

É necessário que se mantenha a ilusão da universalidade da danosidade social do crime, como forma de amenização das conseqüências das visíveis desigualdades materiais estruturais que permeiam a sociedade como um todo.

⁴⁴ Foucault, sobre a igualdade, pontua veementemente que “[...] é evidente que é segundo a classe social à qual se pertença, segundo as possibilidades de fortuna, segundo as posições sociais que se obtém a justiça. A justiça não lhe é atribuída do mesmo modo. Essa desigualdade diante da justiça que, no século XVIII, já era muito vivamente experimentada e contra a qual reagiram Beccaria e Bertin e os grandes Códigos napoleônicos, essa desigualdade reinstaurou-se, se é que ela em algum momento foi suspensa. Ela se reinstaurou e, atualmente as pessoas sofrem dela de modo violento. Tem-se o sentimento quase cotidiano dessa desigualdade diante da Justiça e diante da polícia”. FOUCAULT, op. cit., p. 35.

A função precípua de tal concepção é, na verdade, em razão da racionalização que tais premissas apresentam, construir a ponte que faltava para integrar o sistema penal ao sistema de controle social, contribuindo, dessa forma, para a reprodução das relações sociais de produção e, conseqüentemente, para a manutenção da escala social vertical, da estratificação, da desigualdade entre os grupos que compõem a sociedade e, em última instância, da injustiça social.

Logo, o Direito Penal, fundado nos preceitos construídos pela dogmática, não atinge a todos igualmente, pelo simples fato da existência da seletividade no momento da criminalização primária e secundária.

Tal fato, *ab initio*, inviabiliza o discurso de estrita operacionalização do que foi programado nas leis pelos representantes do povo, não havendo necessidade de maiores perscrutações acerca da segurança das decisões judiciais, considerando que somente determinadas pessoas são as que apresentariam vulnerabilidade suficiente para se verem na qualidade de sentenciados.

Essa situação é explicitada por Andrade⁴⁵, quando atesta que

O vigoroso esforço racionalizador da Dogmática Penal é, assim, um vigoroso esforço ‘neutralizador’ do exercício do poder punitivo mediante o qual a Dogmática Penal não apenas esgota-o no trânsito lógico do legislador ao juiz, mas incide no ‘pensamento mágico’ de afirmar que a simples institucionalização formal realiza o programa, quando simplesmente o enuncia.

Fácil perceber, portanto, quão procedente é a crítica que aponta para a ruptura entre a dogmática penal e a realidade social. O discurso dogmático é construído em um plano ideal, totalmente distante do que realmente ocorre no âmbito do sistema punitivo.

Ao se aprofundar, cada vez mais, em elucubrações lógico-abstratas, extremamente complexas, criando conceitos totalmente distintos do que é refletido pela realidade, como os problemas iminentes às relações

⁴⁵ ANDRADE, op. cit., p. 142.

sociais hodiernas, a Ciência do Direito Penal fica flutuando no campo do dever-ser, como se essa fosse uma realidade concreta ou possível.

Como consequência inexorável acarreta a construção de um grande fosso entre a realidade social e a maneira de discipliná-la, entre inclusão e exclusão social.

Em síntese, a criminalidade não é aqui concebida como algo universal e incontestável, cujos comportamentos trazem em si, como algo imanente, uma negatividade natural que antecede o Direito e, portanto, os processos de criminalização primária e secundária.

Ao contrário, independentemente da danosidade social que algumas condutas apresentam, tem-se que a criminalidade é um bem negativo, distribuído desigualmente, como sempre acontece com qualquer tipo de bem no regime capitalista – positivos ou negativos.

Essa distribuição passa inicialmente pela escolha do elenco delitivo – tipos penais – e, posteriormente, pela seleção daqueles dentre os muitos que cometem delitos – todos os seres humanos – que serão chamados a desempenhar o papel oficial de criminosos, já que pertencem ao grupo não imune ao sistema penal⁴⁶.

Constata-se, dessa forma, que não é cabível legitimar a potestade punitiva do Estado, posto que longe de confirmar na prática os pressupostos defendidos teoricamente como bases justificadoras – legalidade, igualdade e universalidade, entre outros mitos –, seu grande desiderato é a manutenção de um sistema sócio-econômico injusto, o que, extreme de qualquer dúvida, não pode produzir justiça, muito menos justiça penal⁴⁷.

O que se verifica, quando de uma análise da realidade social, é que a ordem jurídica posta, mormente a ordem jurídico-penal, tem obstruído – na proporção em que aumentam as contradições sociais – o homem de alcançar sua socialidade plena; quando se negam determinados bens a

⁴⁶ Sobre o tema, cf. ANDRADE, op.cit., passim; BARATTA, op. cit. Passim; ZAFFARONI et al, op.cit. passim.

⁴⁷ Andrade sustenta a tese de que “É precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua a ‘ilusão de segurança’ por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora de eficácia instrumental invertida”. ANDRADE, op. cit., p. 31.

pessoas ou grupos de pessoas e as qualidades desses bens os elevam à categoria de imprescindíveis – para uma socialização mínima –, a paz, a segurança e a possibilidade de convivência social harmônica são postas em uma posição vulnerável.

Todas as referidas disfuncionalidades imanentes ao poder de punir se originam exatamente no distanciamento, proposital, entre a realidade social e o discurso apresentado para explicá-la, na percepção de Zaffaroni⁴⁸:

Consoante a esta criação arbitrária do mundo, o discurso jurídico-penal não incorpora, como dado, as limitações do poder jurídico dos operadores aos quais se dirige programaticamente. Ao contrário, de acordo com o mundo por ele criado, ensaia a planificação de todo o exercício do poder punitivo como se este se adequasse à pauta dos teóricos. Como esta construção não respeita a realidade do poder, o discurso que a enuncia se arvora em legitimante de um poder que não é jurídico, mas sim policial, político, comunicacional e também subterrâneo (ilícito).

Como corolário da situação levantada pelo professor argentino, mister que se reconheça a seletividade do sistema penal, sua total incapacidade para resolver os conflitos sociais – pelo menos a maioria deles – e, principalmente, reconhecer categoricamente os efeitos deletérios que se operam sobre as vítimas e os criminalizados⁴⁹.

⁴⁸ ZAFFARONI et al, op. cit., p. 71.

⁴⁹ Segundo Baratta, “Se partirmos de um ponto de vista mais geral, e observarmos a seleção da população criminosa da perspectiva macrosociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, nos países da área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis. Realmente, só do interior desta perspectiva tal significado pode subtrair-se ao alibi teórico que, ainda em nossos dias, é generosamente oferecido pelas ‘interpretações’ patológicas da criminalidade”. BARATTA, op. cit., p. 106-107.

Tudo isso não seria tão ruim não fosse um outro dado avassalador: o sistema punitivo penal está a gerar um monstro, que se materializa no exercício de um poder punitivo subterrâneo, paralelo e configurador de uma vigilância geral extremada, fundamentada no discurso do medo e da insegurança.

Dessume-se, então, diante a realidade apontada, a total impossibilidade de se legitimar um sistema que, longe de evitar ou reparar a violência, está cotidianamente a reproduzi-la.

Faz-se urgente a elaboração de uma crítica coerente e sistemática que possa apontar caminhos para uma rápida transformação de um sistema eivado pela arbitrariedade e desigualdade. “Se trata de achar um novo leito onde a dogmática penal sirva de ferramenta que se torne independente, impondo um limite racional ao fato irracional da criminalização”⁵⁰.

4 REPENSANDO A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Importante frisar que toda a deslegitimação do poder punitivo apresentada até o momento tem por principal fim demonstrar a urgente necessidade de mudanças, que deverão se iniciar pela contenção de tal poder sobre os estratos desfavorecidos da população, deslocando-o para as zonas de nocividade social extremamente graves (criminalidade política e econômica dos detentores do poder) até então deixadas imunes, apesar de representarem em quase sua totalidade a origem dos graves desacertos sociais contemporâneos⁵¹.

Entretanto, que fique claro, todo o direcionamento de um modelo alternativo de política criminal, inserido no contexto crítico, reconhece que não adianta deslocar a força e o impacto do processo de criminalização de certos tipos de conduta para outros.

⁵⁰ TARANTINO, Marisa S. Introducción ao artículo “El sistema penal y el discurso jurídico”.

La justicia penal hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian j. Di Placido Editor, 2000. p. 29.

⁵¹ Uma ampla leitura da obra de Alessandro Baratta, voltada para as necessidades de mudanças, foi elaborada por DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação. Reflexões a partir da obra de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal.** (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 37-60.

Somente em situações extremamente negativas tais condutas devem ser alvo do controle penal, independentemente da classe em que ocorram com mais frequência.

O ponto nevrálgico da criminologia crítica⁵² aqui defendido é a descriminalização mais ampla possível de todas as condutas que tenham lesividade penal insuficiente para serem inseridas no campo de incidência do Direito Penal, haja vista que

Quem nega, sobre a base de uma análise histórica e sociológica do sistema penal existente, que sua principal função real coincide com a função declarada de combater a criminalidade e, ao contrário, identifica a função real do sistema na reprodução das relações sociais de desigualdade e de subordinação, não pode, ao mesmo tempo, aceitar participar na construção ideológica dos problemas sociais desde a ótica do sistema penal e do sentido comum que lhe é complementar⁵³.

Fica o Direito Penal reduzido a uma atitude de defesa, para situações em que realmente não existe outra maneira de se lhe dar, sempre tendo por norte as garantias referentes aos direitos e dignidade do homem, garantias estas encontradas em todas as Constituições Nacionais e no Direito Internacional dos Direitos Humanos que, ao afirmarem tais valores, advertem para o fato de que não se perdem, como já defendido, com a prática de um delito.

Concretamente, deve o Direito Penal direcionar seus esforços para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado, já que imprescindível para um Estado Democrático estar voltado para a proteção dos direitos fundamentais que quando desrespeitados por condutas delituosas afetam diretamente a dignidade humana.

⁵² Todo o histórico da evolução da criminologia crítica encontra-se em ANIYAR DE CASTRO, Lola. O triunfo de Lewis Carrol. A nova criminologia latino-americana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 129-148, 1º. e 2º. Semestres de 2000.

⁵³ BARATTA, op. cit., p. 219.

Crimes como os de sonegação fiscal, contra o sistema financeiro nacional, de corrupção, de lavagem de dinheiro, contra o meio ambiente devem ser priorizados em razão de atentarem diretamente contra os objetivos da República⁵⁴.

Entendemos que somente quando do alcance dos estratos mais altos da população pelo Direito Penal poderemos ter realmente uma contenção do poder punitivo, haja vista que haverá uma modificação na utilização do *jus puniendi*, ou seja, não mais funcionará exclusivamente como repressão para controle dos miserabilizados, das classes subalternas, e sim como última instância de controle social de condutas que efetivamente representem um atentado contra o Estado Democrático. Dito de outra forma, quanto maior a aproximação do Direito Penal do princípio da igualdade, menor será sua utilização.

Neste ponto exsurge, com toda força, a importância da Dogmática Penal⁵⁵.

É o próprio Direito Penal, através de sua construção dogmática, pautada nos cânones constitucionais, que vai exercer a defesa do homem criminoso, ante ao que hoje podemos denominar de poder punitivo exacerbado e irracional, que incide quase em sua totalidade contra as pessoas mais débeis da sociedade, com os conhecidos custos sociais negativos, fazendo com que a grande dívida que o Estado tem para com essas camadas, desde sempre excluídas, torne-se praticamente impagável⁵⁶.

A defesa da dogmática jurídico-penal, como importante instrumento de mudança, tem por base o entendimento de ruptura com o papel que a mesma desempenha hodiernamente de legitimação do castigo, da pena aflitiva, da manutenção das desigualdades sociais.

⁵⁴ Sobre o tema, cf. STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 42-43.

⁵⁵ Andrade reconhece que “O arsenal legal e dogmático disponível, incluindo desde a principiologia da Constituição Federal, aqui referida, passando pela principiologia garantidora do Direito Penal e Processual Penal liberais e os Princípios Gerais do Direito, até suas respectivas técnicas jurídicas dogmáticas, constituem um código tecnológico apto a produzir interpretações ideologicamente compensatórias da seletividade do sistema penal”. ANDRADE, op. cit., p. 47-48.

⁵⁶ Sobre o tem, cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Euros, 2004. 459 p.

Rompendo com o que está posto, cumprindo o papel de apêndice do Direito Constitucional, caberá à dogmática penal constituir-se em um imprescindível filtro racional limitativo do exercício do poder punitivo, legitimando um poder que seja o menos seletivo, violento e estigmatizante possível⁵⁷.

No prefácio do Livro de Andrade⁵⁸, mais uma vez, é de Baratta o posicionamento irretocável, quando afirma que

Uma nova Ciência do Direito Penal que encontra as suas premissas numa adequada relação com a análise empírica sobre o real funcionamento do sistema punitivo, poderá talvez ‘resgatar’ o potencial de controle da Dogmática e as promessas da modernidade ‘repensando-as’ sobre as contradições do tempo presente.

Zaffaroni⁵⁹, em plena sintonia com o professor italiano, também milita em favor da mudança como condição necessária para a manutenção do método dogmático de interpretação do Direito Penal, aduzindo que

O método dogmático jurídico temos que conservá-lo, somente temos que usá-lo bem. A dogmática é um

⁵⁷ Karam, em lúcido posicionamento, sustenta que “Certamente, não se deve, idealizadamente, pretender que possam todos os juízes ter compreensão e consciência de seu papel garantidor, visão especialmente crítica, notável coragem ou inclinação contestadora, ou prazer em ser minoria, que, fazendo-os diferentes dos demais habitantes deste mundo pós-moderno, os façam imunes às pressões midiáticas, capazes de, sempre que assim ditarem os parâmetros estabelecidos pela lei constitucionalmente válida e por seu papel garantidor dos direitos fundamentais de cada indivíduo, julgar contrariamente ao que impõem os interesses e os apelos vinculados como majoritários, julgar contrariamente ao que espera a opinião publicada. O que se faz sim realisticamente necessário é a criação de mecanismos aptos, se não a evitar, pelo menos, a minimizar tais pressões e, assim, se não assegurar totalmente, pelo menos, fortalecer a independência e a imparcialidade ameaçadas”. KARAM, Maria Lucia. O processo de democratização do Estado e o poder judiciário. **Discursos Seditiosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 152, 2º semestre de 2002.

⁵⁸ ANDRADE, op. cit.

⁵⁹ ZAFFARONI et al, op. cit., p. 57.

instrumento, não é um objeto nem um fim em si mesmo. A dogmática como um fim em si mesmo se perverte se nós entendemos que o valor da verdade de um sistema está em sua completude lógica, em que feche, em que seja perfeitamente coerente [...]. O valor de verdade de uma construção dogmática depende de sua função política. Se a função política do direito penal é a redução do poder punitivo, a contenção do exercício do poder punitivo, a melhor construção dogmática é a que melhor sirva a estes objetivos.

Nunca é demais consignar que somente a crítica pautada em valores e princípios constitucionais não é satisfatória, não terá força suficiente para deslegitimar e mudar o que está posto – sistema penal seletivo, simbólico, estigmatizante perverso e deteriorante – se não se incluir na mesma a origem de toda a problemática, qual seja: a desigual distribuição de bens oriunda do modo capitalista de produção, agravada pela ideologia do neoliberalismo.

Isto quer dizer que não há princípios da ciência penal contemporânea nem garantias fundadas nos mesmos que adquirem valor per si já que trabalham em prol da manutenção do sistema. A defesa de tais princípios é só momentânea e estratégica pelo valor, paradoxalmente deslegitimante, que podem ter em alguma instância que permita obviar, no momento, seu valor global de legitimação para o sistema⁶⁰.

Toda a sistemática da teoria do delito e das penas está vinculada essencialmente com a estrutura da ordem social vigente, que é, na verdade, definitivamente, quem deve ser modificada, sendo um bom começo tratar os problemas e os conflitos sociais como tais e não, simplesmente, criar delitos, tipificar condutas que expressam esses problemas e conflitos.

⁶⁰ YACOBUCCI, op. cit., p. 178.

5 CONCLUSÃO

Ante os argumentos apresentados, longe de estabelecer uma posição negativa e vazia de conteúdo – já que existe uma tendência normal de se criticar aquilo que não se aceita, sem antes verificar a fundo seus pressupostos e motivos – ao analisar as bases teóricas da dogmática penal, seus objetivos e funções, sob um enfoque intrinsecamente ligado aos fins do Direito Penal, objetivamos concluir a argumentação aqui apresentada com uma crítica.

Uma crítica de viés positivo – entendendo-se esta como um esforço intelectual de reflexão veementemente oposta à ideologia dominante – que se preocupa em apontar saídas, inclusive sem prescindir do saber jurídico produzido pela dogmática, haja vista que o estudo científico é o meio por excelência de aquisição de conhecimentos, dentro de uma dinâmica de afirmações e contradições comuns à produção de um saber sujeito a divergências, construído dialeticamente.

Em suma, apesar de todos os males oriundos da má utilização do Direito Penal, assim como do papel desempenhado pela dogmática penal para legitimar o deletério uso da repressão penal como forma de controle dos excluídos, temos que as soluções para modificação de tal estado de coisas, hodiernamente, ainda passam necessariamente pelo âmbito da Ciência do Direito Penal.

Uma Ciência do Direito Penal que reconheça todas as mazelas apontadas pela Criminologia Crítica e que, a partir desse reconhecimento, pautada no respeito aos princípios imanentes à pessoa humana, se reconstrua dia após dia, sempre objetivando diminuir a injustiça social que teima em se eternizar como principal característica, senão razão de ser, de uma sociedade de classes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e controle penal: em busca da “segurança jurídica” prometida. In: ROCHA, Leonel Severo(Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: SAFE, 1994. p. 121-136.

_____. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 335 p.

_____. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23- 56.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. O triunfo de Lewis Carrol. A nova criminologia latino-americana. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 129-148, 1º. e 2º. Semestres de 2000.

AZIMI, D.M. La naturaleza política de la ley, la desviación y la delincuencia. In: OLMO, Rosa del (Org.). **Estigmatizacion y conducta desviada**. Maracaibo: Centro de Investigaciones criminológicas, 1973. p. 231-240.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, p. 623-650, 1987.

_____. Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado**, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, 254 p.

_____. **Criminologia y sistema penal**. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Euros, 2004, 459 p.

CARVALHO, Salo de. Direito alternativo e dogmática penal: elementos para um diálogo. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 69-84, 2º. Semestre de 1997.

CASTILHO, Ela Wolkmer. Criminologia Crítica e a crítica do Direito Penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal.** (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 61-72.

CUNHA, Rosa Maria CardosoHda. **O caráter retórico do princípio da legalidade.** Porto Alegre: Síntese, 1979. 141 p.

DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação. Reflexões a partir da obra de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal.** (Des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 37-60.

ELBERT, Carlos Alberto. El nuevo rol del estado en América Latina y el control de la sociedad. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone P. M. (Org.) **A sociedade, a violência e o Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a. p. 65-82.

_____. **Criminologia Latino-Americana.** Teorias e propostas sobre o controle social no terceiro milênio. São Paulo: LTr, 2000b. 246 p.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

_____. **Direito e razão.** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a. 766 p.

_____. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos.** Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 31-39, 2º. Semestre de 2002b.

FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber.** Tradução de Vera Lúcia de Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 390 p.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna.** Un estudio de teoria social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999. 361 p.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da Ciência do Direito Penal.** Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 110 p.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro; Revan, 2007, 350 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal** – parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Volumen primero. Barcelona: Bosch, 1981. 696 p.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 79-92, 1º. Semestre de 1996.

_____. O processo de democratização do Estado e o poder judiciário. **Discursos Sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 139-162, 2º semestre de 2002.

LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho penal**. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Traducción de Carlos Perez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995. 96 p.

LUCA, Javier Augusto de. Funcion de la dogmática en la administración de la justicia penal. In: _____. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 83-106.

MARGARINOS, Héctor Mario. Función de la dogmática penal en la administración de justicia penal. In: _____. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 75-82.

MARX, Karl. **O capital**. Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1980. 395 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tempo**. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. Valencia: Tirant lo Blanche, 2002. 374 p.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: _____. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 531-549.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. 136 p.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coord.). Historia e legitimación del castigo. Hacia dónde vamos? In: BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 83-137.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 99 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bocsh, 1992. 425 p.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 120 p.

TARANTINO, Marisa S. Introducción ao artículo “El sistema penal y el discurso jurídico”. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 27-29.

THOMPSON, Augusto. Direito Alternativo (ou justiça alternativa?) na área penal. **Discursos Sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 35-39, 1º semestre de 1997.

YACOBUCCI, Guillermo J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Buenos Aires: Ábaco, 2000. 261 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal y el discurso jurídico. In: _____. **La justicia penal hoy**. De su crisis a la búsqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 2000. p. 31-67.

_____. et al. **Direito penal brasileiro**. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658 p.

SISTEMA PENAL MÁXIMO

O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM E O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO SUBSISTEMAS DE CONTROLE SOCIAL PUNITIVO. A MÍDIA COMO CONTROLE INFORMAL DO SISTEMA. VIAS CONTRADITÓRIAS DO DIREITO PENAL GARANTISTA

*Justino da Silva Guimarães**

O sistema penal de um projeto político que tem na insegurança econômica o seu dogma fundamental é incapaz de prover segurança jurídica. Se os tempos modernos custaram a tocar o sistema penal brasileiro, parece que as formas espetaculosas e cruéis da articulação entre a inquisição moderna e o absolutismo estão chegando céleres; ao fundo, o cantochão da mídia, este unísono lúgubre, ao qual, do vídeo, responde o celebrante com uma antífona incisiva, que desejaria convencer-nos de que agora, quando o único poder que resta ao Estado é o poder punitivo, a história acabou. Nilo Batista

Resumo: Análise crítica acerca do sistema penal máximo através de seus integrantes intitulados, *Movimento de Lei e Ordem* e *Direito Penal do inimigo*, os quais, em parceria com a mídia, impulsionam a um Direito Penal ideologicamente falso e concretamente de efeitos simbólicos e invertidos. Apresentação de várias medidas concretas adotadas pelo articulista, na qualidade de Promotor de Justiça, que combate esse sistema, à luz dos direitos fundamentais, dos direitos humanos e do garantismo.

Palavras-chave: Sistema penal máximo. Movimento de Lei e Ordem. Direito Penal do inimigo. Mídia. Garantismo.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Titular da 20ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de São Luís. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA. Autor da obra, *A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas*.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo um estudo crítico acerca do sistema penal máximo, tendo por liame as teorias do movimento de Lei e Ordem e do Direito Penal do inimigo, demonstrando que com o apoio da mídia, que propaga o terror e implanta a cultura do medo, contribui sobremaneira, e de forma consciente, para a maximização de penas e tipificação de novas condutas, razão pela qual se afigura tratar de uma lúdima parceira do sistema, por falar a mesma língua.

Nesse desiderato, propõe-se inicialmente um estudo crítico-analítico do sistema penal para, após a sua compreensão, fazer a ligação entre as teorias suso mencionadas e a mídia, demonstrando que as formas de controle social formal e informal do sistema penal, em que pese fazer crer à sociedade, mormente aos cidadãos desprovidos de direitos sociais, que a sua ideologia é legítima e real, apresentam resultados em sentido contrário do projetado, ou seja, simbólicos e invertidos, os quais são propositadamente ocultados para que o Direito Penal seja visto como o único meio eficaz de combate à criminalidade e à violência urbana, legitimando-o.

Em contrapartida à ideologia de tais teorias, o garantismo penal de Ferrajoli, que surgiu anos luz à frente daquelas, e seus fundamentos continuam atuais, não prega o fim da pena, mas defende o Direito Penal mínimo, porém com a finalidade de que todas as garantias constitucionais e processuais devem ser aplicadas ao indivíduo quando sob o domínio do poder punitivo.

É por esse prisma que o articulista, na qualidade de Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, diverge do sistema penal máximo, procurando concretizar o Direito Penal à luz do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos e do Garantismo, deixando de aplicar determinadas normas positivas quando na contramão desse regime político, pois o operador do direito não pode ser podado pelo sistema como ele é imposto, devendo, pois, criticá-lo e criar alternativas para contrapô-lo, amparado pela Constituição Cidadã. Através dessa ação, não o tornará fonte repetidora do Direito e, sim, apto a novos paradigmas.

Convém advertir que as idéias aqui expostas não põem fim às discussões que o tema fomenta, mas são colocadas de forma serena, racional e fundamentadas, respeitando-se as argumentações jurídicas em sentido contrário.

2 ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA PENAL POSITIVO

Diz-se que a história do sistema penal é a história de sua permanente história. Se o que gera uma reforma é sempre uma crise, pode-se dizer, então, que a história do sistema penal é a história de sua “crise” que se traduz, entre outros aspectos, na impulsão, agora, da contradição entre a programação normativa e a operacionalidade real, isto é, entre as funções declaradas e as funções reais. (ZAFFARONI, 1996, p. 15).

O sistema penal se apresenta à sociedade como um exercício programado do poder punitivo com a promessa precípua de exercer os seus limites dentro da legalidade, da culpabilidade, da humanidade e da igualdade. (ANDRADE, 2003a, p. 88). Vale dizer que a sua promessa de atuação estará sempre adstrita aos princípios do Estado de Direito, do Direito Penal e Processual Penal, com o propósito de proteger os bens jurídicos e combater a criminalidade composta por homens do “mau” em defesa da sociedade constituída somente por homens de “bem”.

E aquele que descumprir as suas impositivas regras terá a garantia de que será processado dentro do devido processo legal, atendendo, especialmente, aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da igualdade e da proporcionalidade e, quando condenado, a garantia de que o seu comportamento desviante será corrigido pelo sistema penitenciário, retornando ao convívio da sociedade do “bem” sem mácula, preconceito ou estigma, ou seja, reeducado.

Por esse prisma ideológico, trata-se de um modelo de sociedade paradisíaca, de que o sistema penal cumpre a sua promessa de segurança pública e jurídica, a ponto de qualquer pessoa sair do leito de sua residência para caminhar durante a madrugada pela calçada de Copacabana, sem o temor de ser assaltado, espancado ou morto. Segundo Andrade (2003a, p. 88), firma-se uma “ideologia extremamente sedutora e com um fortíssimo apelo legitimador através do qual o sistema penal promete, em suma, que o paraíso passa pela sua mediação”. É o que Baratta (1978, p. 9) intitula de “mito do Direito Penal”.

Fulcra multicitado sistema na *criminologia etiológica*¹, nascida do positivismo do século XIX, na Itália, influenciada pela teoria Lombrosiana positivista e limitou-se ao estudo da causa da criminalidade partindo da pessoa do criminoso. Na verdade, trata-se de um discurso oficial de legitimação do atual sistema punitivo e o seu sustentáculo inicia-se pelo discurso da própria lei. Assim, seu objeto de investigação versa sobre a pessoa do delinqüente e sobre o delito, resultando no processo de seletividade e de estigmatização.

Para Andrade (2003a, p. 35), o pressuposto de que parte a criminologia etiológica é que existe um meio natural de comportamentos e de indivíduos que possuem uma qualidade que os distingue de todos os outros indivíduos: esse meio natural seria a criminalidade. Este modo de considerar a criminalidade está tão profundamente enraizado no senso comum que uma concepção que dele se afaste corre o risco de a todo o momento passar por uma renúncia a combater situações e ações sociais negativas.

Felizmente, a moderna criminologia, denominada de *criminologia crítica*², vem questionando os fundamentos epistemológicos e ideológicos da criminologia tradicional. Seu laboratório não parte de uma penitenciária e, sim, do funcionamento global do sistema penal.

O sistema penal exerce o controle social³ através da sanção, a qual cumpre duas funções: *intimidatória* (prevenção geral) e *ressocialização* (prevenção específica), baseada na ideologia de que tal modelo é eficaz

¹ A criminologia tradicional etiológica tem por natureza “uma função imediata e diretamente *auxiliar*, em relação ao sistema penal existente e à política criminal oficial. Seu universo de referência e seu horizonte de ação lhe são impostos, sempre, pelo sistema penal existente. É por isso que está obrigado a tomar emprestado o sistema penal a definição de seu próprio objeto de investigação: a ‘criminalidade’, enquanto definida pelas normas e as estatísticas, os ‘criminosos’ como indivíduos selecionados e estigmatizados (e, assim disponíveis para a observação clínica) através da instituição da prisão”. (BARATTA, 2002, p. 215).

² Ao contrário da criminologia tradicional etiológica que visa realizar a receita da política criminal, a criminologia crítica visa examinar cientificamente a origem do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, suas funções, seus custos econômicos e sociais com o escopo de aquilatar o tipo de resposta que está em condições de oferecer e que efetivamente oferece aos problemas sociais reais. (BARATTA, 2002, p.215).

³ Para Conde (2005, p. 22), o controle social determina os limites da liberdade humana na sociedade através das expectativas de conduta e o interesse das normas que regerem a convivência, conformando-os e estabilizando-os e, em caso de descumprimento, aplica-se a sanção de acordo com o procedimento apropriado (controle social punitivo).

para combater a criminalidade, gerando, por consectário, uma promessa de segurança difusa de que os aparelhos policial, ministerial, judicial e prisional⁴ protegerão os bens jurídicos gerais, assim como combaterão a criminalidade composta seletivamente por homens do “mau”, responsáveis pelo compadecimento da paz social, em defesa da sociedade constituída exclusivamente por homens de “bem”, através da *prevenção geral*, que é responsável pela intimidação dos agentes delituosos e da *prevenção específica*, que objetiva a ressocialização dos condenados. Enfim, através do processo de seletividade e etiquetamento, elimina-se o homem do “mau” para o convívio harmônico do homem de “bem” em sociedade.

Por lógica de raciocínio, insta acentuar que o sistema penal é efetivamente seletivo, haja vista que a sua linha de ação está focada no adágio popular intitulado “os três pês”⁵, etiquetando-os como criminosos, visando “limpar” da sociedade esse “mau”, pois são os responsáveis pela não construção da cidadania modelada pelo próprio sistema.

Esse discurso ainda é vigente nos dias atuais, mas ocultada a sua real função: função invertida, função de efeito simbólico. É o que Andrade (1994 apud SILVA, 1998, p. 239) denomina de “eficácia invertida: não o fracasso do projeto penal declarado, mas o êxito do não projetado”. Dito de outra forma pela mesma autora (ANDRADE, 2003a, p. 132), “o controle penal se caracteriza por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação”. Acrescenta que:

Enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica

⁴ O controle social é formado pelas instâncias formal e informal como um sistema de motivação de comportamento humano. O Direito Penal, como uma instância de controle formal, é constituído pelo Poder Legislativo (agente de criação), Executivo (agente de execução), Judiciário, Ministério Público e Polícia (agentes aplicadores). Para Shecaira (2000, p. 403), a característica marcante do controle social formal, exercido pela esfera estatal, é a seletividade e a discricionariedade, o qual prima a *status* pelo merecimento e, ainda, estigmatizador porque acaba por desencadear a chamada “desviação secundária e as carreiras jurídicas”. Na instância informal de controle social encontra-se a mídia, a família, a escola etc. que tem a mesma função de combater o homem “mau” pelo processo de seletividade. A escola diferencia o bom aluno do mau aluno; a família o bom filho do mau filho.

⁵ O Sistema penal, através de sua instância formal, seleciona, etiqueta e estigmatiza a sua clientela constituída por pobres, pretos e prostitutas.

(reprodução ideológica do sistema) porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, latentemente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos indivíduos e da sociedade, e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder. A eficácia invertida significa, pois, que a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, protegendo os bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). Nessa esteira há uma dupla inversão, a saber, preventiva e garantidora do sistema penal. A inversão preventiva consiste em que as funções reais da pena não apenas têm descumprido, mas sido opostas às funções instrumentais e socialmente úteis de intimidação e ressocialização declaradas pelo discurso oficial. A inversão garantidora significa que, se comparando a programação normativa do sistema penal (da polícia à prisão) isto é, como deveria ser, de acordo com os princípios liberais garantidores, com seu real funcionamento, pode-se concluir que o sistema penal não apenas viola, mas está estruturalmente preparado para violar todos os princípios (ZAFFARONI, 1996, p. 237) e que, regra geral, é um sistema de ‘violação’ ao invés de ‘proteção’ de direitos. (BARATTA, 1993)”.

Nessa real perspectiva, vê-se que a prevenção geral (intimidatória) tem efetivamente o seu efeito invertido e simbólico. Ora, basta observar que em que pese os agentes do movimento de Lei e Ordem, com o apoio da mídia⁶, em larga campanha em favor do sistema penal máximo, na vertente de rotular vários crimes como hediondos, com a falsa promessa de intimidar a sua contumácia, em nada contribuiu para varrer da sociedade o homem do

⁶ Não se quer dizer que o que legitima o sistema penal é exclusivamente a mídia. Esta é apenas uma das vertentes de sua legitimação.

“mau”, pois continuam a ser perpetrados de forma ainda mais desafiadora, a exemplo dos crimes de seqüestro, que cresceram em uma velocidade avassaladora e se desmembraram nos denominados “seqüestros-relâmpagos”⁷.

De igual parte, a prevenção específica (ressocialização⁸) não cumpre e não cumprirá a sua função da forma idealizada pelo sistema penal, o que se faz concordar com a assertiva esposada por Bruno (1976, p. 9) ao pontificar que “a prisão é o mais complexo e tormentoso problema que o Direito Penal nos pode oferecer. No seu fundamento denota-se um sentimento de frustração em torno dos resultados práticos obtidos”. Ora, a partir do momento em que se percebe que a prisão é um depósito de indigentes, que embrutece, estigmatiza e despersonaliza o ser humano, a sua falaciosa função tem efeito invertido. Para Zaffaroni (2001, p. 28), “a cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar comportamentos desviados das pessoas e de agravá-los. A cadeia é uma oficina de fabricar matizes humanas. Só serve para isso”.

Os resultados dessa invertida função podem ser constatados facilmente, de forma a desmascarar a ideologia do Éden, através dos sérios estudos de instituições ligadas aos direitos humanos, pois é cediço que a questão carcerária no Brasil é de extrema gravidade, carecendo de um olhar mais humano e de medidas eficientes, não só de entidades não governamentais, como também da sociedade em geral, pois o crime é produto dela mesma, razão por que Henry Thomas Cuckle verbaliza que “a sociedade prepara o crime, o criminoso perpetra-o”.

⁷ Já existe proposta no Congresso Nacional visando a tipificar o seqüestro-relâmpago como crime autônomo com pena exacerbada.

⁸ É difícil falar em ressocialização quando na verdade o Estado não oferece sequer o direito de socialização. Basta dizer que a maioria da população brasileira vive na extrema pobreza, na ignorância e tendo negado a efetivação de direitos sociais mínimos. Estes são os clientes do sistema penal, o qual não tem a intenção de cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, manter a função de exclusão, que é real. Nesse sentido, a ressocialização não passa de uma mera falácia. Para Zaffaroni (2001, p. 27), “todo *discursus do re* está em crise. A pena de prisão não ressocializa, não reeduca, não reinsere socialmente. Do *discursus do re* somente se efetiva a reincidência e a rejeição social. É um discurso ao mesmo tempo real e falso. É falso o conteúdo, mas o discurso é real, ele existe e produz efeitos (legitimantes do poder de punir)”.

Do panorama real da situação carcerária brasileira, afigura-se tratar de uma lúdima questão social e humana, razão pela qual a sociedade em geral não poderá se furtar do compromisso de buscar mecanismos de solução⁹ em um processo de larga discussão. É necessário, portanto, conclamar a todos os cidadãos, amealhar forças para trabalhar a precitada questão social, sem retórica e sem usar o alibi do “fatalismo” como justificativa para o insucesso da política carcerária, lembrando que o Ministério Público ou outra instituição qualquer, por si só, não é capaz de operar milagres, ante a inexistência de fórmula pronta e acabada, homenageando o princípio democrático plasmado na democracia participativa.

É imperioso lutar por uma verdadeira prevenção da criminalidade capitaneada por uma séria e comprometida política educacional¹⁰, de distribuição de renda e riquezas, de combate à corrupção e tornar eficaz os direitos fundamentais sociais básicos insertos no corpo da Constituição Cidadã, erigindo-os a normas não programáticas. Razão assiste Roberto Lyra ao afirmar que “a verdadeira prevenção da criminalidade é a justiça e a efetiva distribuição de trabalho, da cultura, da saúde, é a participação de todos nos benefícios da sociedade, é a justiça social”.

Enfim, o sistema penal pode ser sintetizado por quatro características distintas apontadas por Batista (2004, p. 113-114): a primeira consiste na hipercriminalização de efeito simbólico. A segunda tem dupla face: disponibiliza aos consumidores alternativas à privação de liberdade “para que ele possa cumprir a sua pena no *shopping*, com ou sem pulseira eletrônica”, enquanto que para os consumidores falhos suspeitos ou convictos de crimes hediondos, há um encarceramento neutralizante.

A terceira característica consiste na mudança de finalidade da prisão advinda da segunda característica: “no sistema penal do capitalismo

⁹ O exercício da cidadania está umbilicalmente ligado à efetivação de políticas públicas. A questão carcerária é uma faceta dessa política, razão pela qual o cidadão deve participar ativamente.

¹⁰ O senso comum assiste de razão quando assevera que a melhor forma de combater a criminalidade é através de investimento na área social, com a criação de políticas sociais eficazes e não eleitoreiras. O investimento na área educacional de base é, iniludivelmente, uma política de combate à pobreza e à desigualdade social. Nesse sentido, a Ex-Senadora da República, Heloísa Helena, em conferência proferida no V Congresso Norte e Nordeste do Ministério Público, realizado na cidade de Natal-RN, em outubro/2004, afirmou com muita propriedade que “a educação é a porta de libertação para os filhos da pobreza”.

tardio, a prisão se despoja dos mitos ressocializadores para se transformar, como Zygmunt Bauman percebeu numa penitenciária da Califórnia, numa pena de neutralização do condenado”. A quarta concentra no papel da mídia, chamando para si o controle social penal, sendo que “as microcâmeras desse jornalismo policialesco estão executando diretamente funções de agências policiais”.

3 O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM E O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO INTEGRANTES DA FAMÍLIA DO SISTEMA PENAL MÁXIMO. A MÍDIA COMO INSTÂNCIA INFORMAL DO SISTEMA

O intitulado *Law and Order (movimento de Lei e Ordem)* é uma corrente político-criminal norte-americana, nascida na década de setenta e com ressonância na década de oitenta. Começou a ganhar força na Europa, a partir da falência do Estado de bem-estar social e, no Brasil, no final da década de oitenta, passando a dominar o cenário político-social, notadamente neste decênio, sendo responsável pela edição de inúmeras leis que repousam na idéia de que o Direito Penal é capaz de combater a criminalidade e, para tanto, deve ser instituída uma ordem penal o máximo possível repressiva, a exemplo da lei dos crimes hediondos e da lei que instituiu a interceptação telefônica. (BIANCHINI, 2007, p.1-2). Trata-se, destarte, de uma faceta de controle social de endurecimento das penas e criminalização de novas condutas, evidenciando sua inclinação contrária às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos.

A ideologia, portanto, parte do pressuposto de que qualquer conduta considerada desviante ou anti-social, mesmo aquela que pouquíssima ou nenhuma lesão concreta ao bem jurídico se torne ameaça, está sujeita a transformar-se em infração penal, de modo a evitar a sua expansão e proteger a sociedade do “bem”, mesmo que isso signifique perda de direitos e/ou garantias processuais de toda a sorte. Eis uma das razões para que os defensores desse movimento critiquem a lei dos juizados especiais criminais

e as penas substitutivas¹¹ como uma das vilãs do crescimento da violência e da criminalidade, sob o raciocínio de que o Direito Penal é a resposta eficaz para tal problemática e, assim, tem que oferecer sanções cada vez mais severas e longas, precipuamente em relação aos delitos atrozos. Ou seja, um Direito Penal máximo: é apenas isso que interessa.

Assim, preconiza o maior número de leis incriminadoras, restringem a concessão de alguns benefícios, inclusive em nível constitucional, a exemplo da impossibilidade de concessão de graça, anistia, indulto e fiança a determinadas espécies de crimes e, com maior intensidade, os direitos e garantias infraconstitucionais.

O movimento de Lei e Ordem, enfim, prima por uma política criminal que possui as seguintes características: a) a pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido; b) os chamados delitos graves devem ser castigados com penas mais severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração); c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; d) o âmbito da prisão provisória deve ser ampliado, de modo que suponha uma imediata resposta ao delito; e) necessária diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que ficará a cargo, quase que exclusivamente, das autoridades penitenciárias. (ARAÚJO JÚNIOR, 1992, p. 70-71).

Todavia, a errônea ideologia faz com que os seus efeitos trilhem pela inversão, haja vista que as suas medidas servem apenas para produzir e reproduzir agentes delituosos. Nessa esteira, assiste de razão Cardoso (2004, p. 3) quando aduz que “combater a criminalidade com o Direito Penal é o mesmo que querer eliminar uma infecção usando apenas analgésico”.

Na mesma linha de doutrinação pontua Greco (2005, p. 20):

¹¹ Rolf Dahrendorf (1997 apud GRECO, 2005, p. 21-22) é um defensor do movimento de lei e ordem e crítico das penas substitutivas, ao entender que “uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por ‘restrição ao padrão de vida’, não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, como também está socialmente errada”.

Obviamente que tal raciocínio, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar. Isso porque a sociedade não toleraria a punição de todos os seus comportamentos anti-sociais, aos quais já está acostumada a praticar cotidianamente. O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estranhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado para nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os ‘outros’, e, se possível, nem o ‘mínimo’ para nós.

Impende consignar que quando se faz referência a esse movimento, logo vem em mente o também falacioso plano maquinado pelo Ex-Prefeito da cidade de Nova York, Rudolph Guiliani, na década de 90, intitulado “Tolerância Zero”, em razão da semelhança entre as suas finalidades. O plano norte-americano tinha por escopo refrear o medo das classes média e alta quanto à incidência da criminalidade, buscando varrer os pobres e marginalizados (sem-tetos, latinos, mexicanos etc.) das ruas (dos espaços públicos: estações de metrô, ônibus, ferroviária, parques etc.). Greco (2007, p. 1-5) destaca três meios de ação da empreitada: aumento em dez vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas; restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados e um sistema de radar informatizado.

A similitude entre os modelos de sistema penal máximo suso mencionados coincide também com a forma de propagar suas ideologias, através de um agente capaz de incutir na mente da população de que não apenas o discurso oficial é real, como, principalmente, os seus efeitos são eficazes. É a mídia, que funciona como um importante parceiro, por falar a mesma língua.

Tem-se consciência de que a mídia teve papel fundamental dentro da história político-social brasileira, mesmo na época em que o país vivia sob o manto do regime militar, tempo em que os “direitos” à liberdade de expressão e à informação eram cerceados autoritariamente. Foi parte fundamental no processo de transformação desse regime para o atual Estado

Democrático de Direito, ganhando espaço que merece no cumprimento de sua primordial função, que é a de informar os fatos como os são, na construção de um Brasil melhor.

A mídia a que se pretende tecer críticas é a *mediocrática*¹², inclinada à demagogia, descomprometida com a verdade, que desinforma e aliena, que alimenta o sistema penal positivo e promove a cultura do medo, fazendo do problema social-criminalidade um negócio exorbitantemente lucrativo.

Destarte, não só a instância de controle formal tem contribuição efetiva para com o processo de seletividade, pois a mídia, como parte integrante da instância informal de controle social, em sintonia com o movimento de Lei e Ordem, contribui sobremaneira para a legitimação dessa falaciosa ideologia. Basta afirmar que hodiernamente os líderes de audiência da televisão brasileira são os programas voltados à criminalidade, fazendo da pena de prisão uma sinonímia de vingança privada ou de castigo à época da masmorra¹³ e apta a recepcionar quantas hediondas medidas entender necessárias para legitimar o sistema penal máximo, a exemplo da pena de morte. Cumpre, ainda, a função de dividir a sociedade em dois lados: o do “bem” e o do “mau”.

E, para manter real o sentimento de indignação contra os criminosos, crítica acirrada e negativamente toda e qualquer forma de medida que venha a atrapalhar o seu exorbitante lucro¹⁴, a exemplo das penas substitutivas, das medidas insertas na Lei nº 9.099/95, a possibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos, o tempo de prisão

¹² Expressão utilizada por Mário Rosa na obra *Na era do escândalo*.

¹³ Felizmente as penas cruéis, degradantes e perpétuas são proibidas constitucionalmente. Para Cattaneo (1988 apud BATISTA, 1990, p. 101), “A pena perpétua como caráter de definitividade elimina a esperança e contraria o senso de humanidade”.

¹⁴ A superexposição da violência pela imprensa falada e escrita, notadamente a violência urbana, tornou-se lucrativa, um verdadeiro mercantilismo, pois vendem seus produtos ao público consumidor dos grandes meios de comunicação. Para Cleinmam (2001, p. 98), “a partir de critérios mercantis, travestidos de vigilantes do bem comum, escândalos, sangue, violência, passam a invadir nossas vidas, fomentando espasmos de irracionalidade, desejos de vingança privada, e dificultando a criação e construção ou a manutenção de um espaço para políticas públicas de pacificação de conflitos”.

que considera reduzido para a progressão do regime e para o livramento condicional etc.¹⁵, ocultando a informação de que o Direito Penal máximo leva certamente a uma cidadania mínima¹⁶.

A propósito, impende ressaltar que a minimização da cidadania se torna mais assente quando da implementação da política neoliberal globalizada, em que o eixo se deslocou para o capital financeiro móvel objetivando um mercado livre, de competição, onde vence o mais forte, fazendo da sociedade um lugar de mercado e, por consectário, o cidadão como sendo um produto. O grande jogo é a disputa pelos consumidores em potencial. Essa política nefasta gera a exclusão de forma avassaladora; a desigualdade social é tida como positiva, tendo em vista que permite a competitividade (motor do mercado). Porém, o lixo da globalização tem que ser extirpado (os excluídos) através do sistema penal. Portanto, a ameaça criminal é a responsável por todos os problemas sociais, razão pela qual se investe na segurança pública de forma enganosa, na maximização do Direito Penal, em detrimento do social.

Explicando de outra maneira, o poder midiático, formador de opinião pública em incomensurável escala da população econômica e culturalmente menos favorecida, cria um pânico geral de que a violência se encontra num patamar insuportável, sendo imprescindível banir os responsáveis (criminosos comuns) com o escopo de reinar o paraíso social em favor dos homens de “bem”. Para tanto, esse movimento utiliza a pena (cultura punitiva) como sendo a arma eficaz para cumprir a promessa de segurança jurídica, disparando tiros de exacerbação de pena e criminalizando novas condutas.

Ocorre que na realidade essas balas são de festim, haja vista que não solucionam o problema. Por corolário, o discurso da segurança pública e jurídica não passa de uma ilusão de efeito simbólico. A pena tem efeito simbólico e a ressocialização é falaciosa na medida em que os direitos sociais básicos são esvaziados¹⁷.

¹⁵ Os apresentadores de programas sensacionalísticos dessa natureza transformam-se em “lídimas autoridades do Direito Penal” ao tecer críticas, comentários e trazer respostas “eficazes” e emergenciais para o problema da criminalidade. A criminalidade, nesse sentido, é convertida em *show* diariamente.

¹⁶ Sobre o tema, ver obra de Vera Regina Pereira de Andrade, *Sistema penal máximo x cidadania mínima. Códigos da violência na era da globalização*.

¹⁷ Para Guimarães (2007, p. 269), o Estado, que não pode ou não deve arrecadar recursos para investimento em políticas sociais, procura dirimir o problema através da repressão penal com

O efeito da superexposição midiática legitima o movimento de Lei e Ordem, chegando a atrofiar a mente da população de que os problemas atinentes à criminalidade poderão ser dirimidos pelo poder punitivo, utilizando, muitas vezes, de casos concretos envolvendo agentes de médio e alto poder aquisitivo. Exemplos clássicos: crimes hediondos: homicídio qualificado, extorsão mediante seqüestro e falsificação, corrupção, alteração ou adulteração de produtos destinados a fins medicinais, terapêuticos e alimentícios. Motivos: caso Daniella Perez, caso Abílio Diniz e o caso de falsificação de remédio para próstata, respectivamente. O absurdo chega a ser hilariante, pois, agora, aquele que adulterar uma simples fórmula de shampoo comete um crime hediondo, estando sujeito aos rigores da lei.

Um exemplo mais atual que se traz à colação trata-se do bárbaro homicídio do menino João Hélio, que foi arrastado por um veículo conduzido por um assaltante, em co-autoria com outros, inclusive um inimputável, oportunidade para que os canais de televisão iniciassem uma ferrenha briga por recordes de audiência, explorando o fato de forma sensacionalista e distorcida, apresentando resultados prontos e acabados para extirpar da sociedade do “bem” a famigerada criminalidade. Nesse cenário de comoção social, outro agente de controle social entra em cena, *os políticos de plantão*, os quais iniciam uma série de discursos falaciosos e retóricos na mídia, aptos, então, a apresentar projetos casuísticos com soluções mágicas para tal problemática, inclusive o engodo da redução da maioria penal, de forma a atingir mortalmente direitos e garantias constitucionais e até cláusula pétreas¹⁸.

Assiste de razão Guimarães (2007, p. 268), quando adverte que:

Os meios de comunicação em massa, notadamente a televisão, através dos valores previamente selecionados e interessadamente transmitidos, criam uma realidade, por evidente simbólica, capaz de moldar

uma forma de “solução mágica”, atingindo grande parcela da população que sofre os efeitos da política do estado mínimo.

¹⁸ O anteprojeto de redução da idade penal por emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional, em face do caso do menino João Hélio, é absurdamente inconstitucional, pois fragmenta a idade penal: é imputável o menor de 16 anos que comete crime hediondo e inimputável o menor de 16 anos que comete crime não hediondo, sem olvidar que os direitos fundamentais não podem ser banidos por emenda constitucional.

e organizar as experiências sociais, manipulando a conscientização das pessoas de acordo com as políticas adotadas. A realidade social é construída, posto que a mídia possui a fôrma e a massa com as quais modela o pensamento do povo.

Extrai-se, ainda, desse casamento (movimento de Lei e Ordem e mídia) a afirmação de que se implantou a cultura do medo dentro da política neoliberal globalizada¹⁹, basta dizer que se vive vigiado por câmaras espalhadas por todos os cantos: nas ruas, nos estabelecimentos comerciais, nos bancos, nas escolas, nas repartições públicas e até na nossa própria residência. Trata-se da realização das profecias de George Orwell na renomada obra “1984”²⁰. É um verdadeiro *big brother*, ou melhor, um *panoptico globalizado*²¹. É o cidadão vivendo na era da liberdade vigiada por equipamentos eletrônicos. A consequência se traduz na perda da cidadania voltada para a não liberdade e para a redução ainda mais dos espaços públicos.

¹⁹ Para Guimarães (2007, p. 285), o controle social da sociedade globalizada neoliberal, exercido pelo Estado, está se transformando diariamente em algo exclusivamente punitivo, tendo em vista que é o único modelo de controle social que vai ao encontro com a política excludente posta em prática por tal ideologia.

²⁰ Para Peluso (2002, p. 179), vive-se na era da informação global em que ocorrem os monopólios das empresas de comunicação, concretizando as profecias de Aldous Huxley (Admirável mundo novo), de um mundo de falso progresso administrado por uma polícia de pensamento.

²¹ O panoptico de Michel Foucault tratava-se de um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que dava tanto para o interior quanto para o exterior, de modo que o prisioneiro era vigiado permanentemente pelo homem que se colocava apostado na torre central, com o olhar penetrante para as celas em todos os ângulos de visão. Foucault (2003, p. 87) dizia que o panoptismo, que é uma forma de poder, não mais repousa no inquérito e, sim, no “exame”, na “vigilância”. Enquanto no inquérito se procurava *saber*, reconstruir o que havia ocorrido, no panoptico, tratava-se de algo, ou antes, de alguém que se deve vigiar permanentemente e sem interrupção sob o poder de alguém (mestre de escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão) e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade de vigiar e constituir sob o vigiado, coisas a seu respeito, um *saber*. O *saber* nesse sistema de vigilância, portanto, não parte de acontecimentos pretéritos e, sim, da pessoa que está sob o seu controle.

Os meios de comunicação em massa “conectam-se em excitar o afecto, comover”. (CLEINMAM, 2001, p. 98). Como consequência, “temos no meio social a elevação de um clima nunca antes visto de insegurança, emergente da própria ‘sociedade de risco’, mas, também, e principalmente, potencializado por uma enfatização provocada pelos meios de comunicação, onde a transmissão de uma imagem provoca a aproximação, onde o distante e o local têm uma presença quase que idêntica”. (AMARAL; GARCIA, 2005, p. 215).

A relação vinculativa mídia-sistema penal pode ser sintetizada nas percipientes lições espostas por Batista (2003, p. 245):

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento liberal é a chave de compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmistificam. O novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador da própria idéia da pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas... A equação penal – se houver delito, tem que haver pena – é a lente ideológica que se impõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública.

Ainda na família do sistema penal máximo insere-se o *Direito Penal do inimigo*²², desenvolvido pelo professor alemão Günter Jackobs,

²² Os inimigos são os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, estupradores e autores de delitos graves e devem ser tratados com um procedimento de

na segunda metade da década de 1990. Traça uma distinção entre um Direito Penal do cidadão, que otimiza as esferas de liberdade e o Direito Penal do inimigo, que potencializa a proteção a bens jurídicos. No primeiro, numa visão garantista, são observados todos os princípios fundamentais pertinentes, enquanto que no segundo tais princípios não são assegurados, haja vista que não se está diante de cidadãos e, sim, de inimigos do Estado. (GRECO, 2005, p. 22).

Seu funcionamento parte da seguinte ideologia apontada pelo próprio Jackobs (2005 apud GERBER, 2007, p. 5): “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário, vulneraria o direito à segurança das pessoas”. O idealizador, já prevendo acirradas críticas, argumenta que:

Seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado de Direito Penal do inimigo. Com isso, não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã. Como já se tem inclinado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos. (JACKOBS, 2005 apud GERBER, 2007, p. 7).

Suas principais bandeiras são: a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); b) inobservância dos princípios básicos; c) aumento desproporcional das penas; d) criação artificial de novos delitos sem bens jurídicos definidos; e) endurecimento sem causa da execução penal; f) exagerada antecipação da tutela penal; g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito, a exemplo da delação premiada; i) flexibilização da prisão em flagrante; j) infiltração de agentes policiais; l) excessiva utilização das medidas preventivas ou cautelares, a exemplo da interceptação telefônica; m) medidas penais dirigidas a quem exerce atividade

guerra, desprezando-se os direitos processuais já que não lhe é devido um procedimento penal legal.

lícita, a exemplo dos escritórios de advocacia e bancos. (GOMES, 2007, p.1-3)²³.

É considerado como sendo a terceira velocidade do Direito Penal, pois objetiva aplicar a pena privativa de liberdade (primeira velocidade) jungida à minimização das garantias (segunda velocidade) para alcançar o fim almejado (extirpar da sociedade os inimigos do Estado por ameaçarem a construção da cidadania). É, portanto, uma velocidade híbrida. (GRECO, 2005, p. 25).

O Direito Penal de terceira velocidade manifesta-se “como o instrumento de abordagem de fatos *de emergência* sendo expressão de uma espécie de *Direito de guerra* em que a sociedade, ante a gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação”. (SÁNCHEZ, 2001 apud BIANCHINI, 2002, p. 15).

Da mesma forma que o movimento de Lei e Ordem apresenta efeitos simbólicos e invertidos, a teoria em comento apresenta os mesmos resultados, notadamente pelo fato de que a sua base repousa na periculosidade do agente. Para Meliá (2003 apud MALAN, 2006, p. 229), o argumento de que o Direito Penal do inimigo é necessário ante aqueles indivíduos que, pela sua própria periculosidade, comprometem a existência da sociedade, não prospera, tendo em vista que a percepção do risco é somente uma construção social, que independe da dimensão efetiva da ameaça. Nas lições de Meliá (2003 apud GOMES, 2007, p. 1-3) o Direito Penal do inimigo é, enfim, “nada mais que um Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele ‘é’ e faz oposição ao direito penal de fato, que pune o agente pelo o que ele ‘fez’”. Esta forma de punir está presente em várias legislações penais alienígenas.

²³ Segundo Jackobs (1997 apud GRECO, 2005, p. 22), três elementos caracterizam o Direito Penal do inimigo: “Em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer que nesse âmbito a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência à pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas”.

Acentua-se que a lei que disciplina a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9.034/95)²⁴; a nova redação dos artigos 52 a 54 da Lei de Execução Penal²⁵ dada pela Lei nº 10.792/03, que implantou do regime disciplinar diferenciado; e a Lei nº 9.613/98, que tipifica os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, permitindo o julgamento do réu à revelia (art. 2º, §2º) e inverte o ônus da prova quanto à licitude dos bens, direitos e valores apreendidos cautelarmente (art. 4º, §2º) são exemplos concretos de que o Direito Penal do inimigo já se encontra presente no sistema penal patricio.

Importa ressaltar que o movimento *Abolicionista* é uma antítese do movimento de Lei e Ordem e do Direito Penal do inimigo, pois defende uma linha de resposta ao modelo do sistema penal vigente através da razão crítica, comprometida com o homem, com a liberdade e não com o sistema ou poder, não prega a abolição do poder punitivo estatal em si próprio, haja vista que seu alvo é a abolição da cultura punitiva, ou seja, a ideologia repressiva (pena de prisão), pois além de produzir efeitos simbólicos é um tipo de controle mais caro e doloroso.

Para Hulsman (1993, p. 162), a abolição da cultura punitiva da Justiça Criminal é um sonho possível e deve ser realizada mediante a criação de alternativas ao sistema. É dizer que as respostas não serão encontradas através de penas alternativas e, sim, através da participação da sociedade, integração entre vítima e acusado e outros meios legais como a justiça civil e administrativa. Portanto, prega a mediação como modelo adverso ao sistema repressivo.

²⁴ Inicia-se pela própria vagueza do que vem a ser organizações ou associações criminosas. Dentre as medidas destaca-se: proibição de apelar em liberdade; regime inicial obrigatoriamente fechado; delação premiada; infiltração de agentes de polícia nas organizações; diligências efetuadas diretamente pelo juiz. Alguns desses absurdos já foram declarados inconstitucionais pelo STF.

²⁵ Consiste no recolhimento em cela individual por até 360 dias daqueles indivíduos que praticarem falta disciplinar tipificada como crime doloso, quando tal fato ocasionar: subversão da ordem ou disciplina interna; apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O fim da cultura punitiva efetivamente ainda é um sonho, pois a pena de prisão continua a ser um mal necessário da qual ainda não se pode abrir mão, face à inexistência de um instituto eficaz que a substitua. Porém, prima-se por um Direito Penal mínimo na medida em que esse ramo do direito intervenha como *ultima ratio*, devendo determinados conflitos ser dirimidos através do Direito Civil, Administrativo etc. e a pena de prisão destinada a agentes que perpetraram crimes graves, razão por que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, na concepção dos abolicionistas moderados, vem ganhando adeptos, sob o pálio de que as penas alternativas e substitutivas são estágios em direção à abolição da pena de prisão.

Afigura-se, dessarte, que o movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal do inimigo pregam o Direito Penal máximo enquanto que o Abolicionismo prega o fim da cultura punitiva. O sistema penal máximo, por sua característica seletiva e estigmatizante, apoiada na mídia, minimiza a cidadania, os espaços públicos, a participação popular na vida política do país em detrimento de novas conquistas e de uma cidadania emancipatória.

4 EXPERIÊNCIAS VIVIDAS COMO OPERADOR DO DIREITO NO COMBATE AO SISTEMA PENAL MÁXIMO. A CONCREÇÃO DO GARANTISMO

Cada um e todos que atuam no Direito Penal repensem seu papel: em vez de estoques de preso, prisões racionalizadas (inclusive quantitativamente) e adoção maior de penas alternativas; em vez de uso de penas alternativas como válvula de escape, a implantação de mecanismos eficazes de implantação, cumprimento e fiscalização de tais penas; em vez de fácil discurso demagógico do punitivo, uma opção racionalizadora do sistema penal, resguardando-o para questões que relevantemente atinjam direitos humanos fundamentais.
– EDIHERMES MARQUES COELHO.

A teoria do garantismo penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, fundada na radicalização de idéias do iluminismo e da modernidade há mais de quatro séculos, na Europa Ocidental, e expandidas para vários países do globo terrestre, foi direcionada à defesa dos direitos à liberdade, em face do

poder ilimitado do Estado, considerado o agente que mais restringiu e ameaçou a liberdade pessoal.

Oliveira Neto (2007, p. 3) coloca com muita simplicidade o pensamento e a prática dessa teoria:

Para o garantismo penal, o poder punitivo, que deve ser mínimo, é legitimado por razões utilitárias, uma vez que a sua função é prevenir reações violentas formais e informais contra quem pratica um delito. Nessa concepção, a aplicação da pena é um instrumento impeditivo da vingança. Assim, Ferrajoli não nega a função preventiva geral da pena, dando-lhe, no entanto, um duplo papel, consistente na prevenção do delito, o que indicaria o limite mínimo da pena, e a prevenção das reações violentas, desproporcionais, a qual assinalaria seu limite máximo. O poder punitivo atua, portanto, sempre ao lado do mais fraco, agindo em favor da vítima e em favor do delinqüente, por meio de um sistema de garantias máximas e efetivas. A teoria rejeita, portanto, a idéia de ilegitimidade do poder de punir, defendendo juridicidade à pena, de vez que o direito penal mínimo é o único meio de evitar uma vingança privada ilimitada em uma sociedade democrática. No entanto, para ela, o Direito Penal somente se justifica como meio de limitação da intervenção estatal, garantindo ao condenado, sobretudo, o respeito a sua dignidade.

Vale dizer que o garantismo tem por fundamento os princípios fundamentais do Direito: toda norma jurídica deve ser lida e interpretada na conformidade de seus princípios formadores e garantidores. Ele se serve da conscientização dos direitos do homem formulados em leis e pactos internacionais para restabelecer a Justiça, mesmo contra a ordem positiva estrita²⁶.

Observa-se que a finalidade original perdura até os dias hodiernos, posto que o poder punitivo estatal continua a restringir e ameaçar não só a

²⁶ Extraído do site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Garantismo>. Acesso em: 10 ago. 2007.

liberdade pessoal, mas os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos como um todo, estendendo aos demais ramos do Direito, razão por que se infere que no mundo de hoje não é mais adequado falar-se em garantismo penal e, sim, apenas em garantismo. (PRADO, 2004, p. 1-2).

No caso em liça, é a seara do Direito Penal que interessa a este articulado, ou seja, o Direito Penal garantista, eis por que, na qualidade de Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, tem-se procurado aplicar o Direito Penal e Processual Penal à luz do garantismo, comprometido com o Estado Social e Democrático de Direito, com os Direitos Humanos, opondo-se ao sistema penal máximo aliado ao dogmatismo jurídico²⁷, despido de qualquer sentimento de vencido ou vencedor nas demandas sob análise.

É certo afirmar, sem ingenuidade, que é muito difícil contrapor a ordem do sistema penal reinante na prática forense, pois as fontes do direito (lei, doutrina e jurisprudência) são dominantes, ou melhor, dizem o Direito no sentido de impor as suas regras ao operador do direito, os quais, na sua generalidade, despídos de críticas ao sistema, preocupam-se em defender suas teses sustentadas em argumentos jurídicos adstritos às regras ditadas pelo Estado repressor, não olvidando que com a facilidade de acesso à internet, ficou mais fácil extrair posicionamentos dogmáticos prontos e acabados, a exemplo de colas de jurisprudência, contribuindo para com o processo de alienação.

Nesse diapasão, entende-se que o estudo do Direito Penal e do Direito Processual Penal de forma crítica faz do operador do direito uma lídima fonte de paradigmas e não fonte repetidora do direito positivo.

As garantias processuais penais e os princípios de ordem

²⁷ O dogmatismo jurídico tem por objetivo precípua a criação de legislação fundada não em valores materiais e, sim, que a lei tenha valor pela sua formalidade, por ser produto de um determinado procedimento. Significa dizer que se elabora uma lei de maneira puramente formal, devendo ser aplicada da forma impositiva, posto que o sistema jurídico é construído de maneira fechada, completo e auto-suficiente, o que leva ao dogmatismo, mormente pelo fato de que o raciocínio do operador do direito é desenvolvido de forma dedutiva, porquanto desprovida de análise crítica, transformando-o num jurista dogmático. Para Andrade (2003b, p. 74), o dogmatismo quer dizer, pois, “uma atitude de acatamento do jurista ao estabelecido como Direito Positivo que, independentemente de seu conteúdo material (mutável), desempenha sempre a função de dogma. O dogmatismo da Ciência Jurídica figura, portanto, como ponto de partida; como uma atitude invariável de acatamento acrítico a um Direito que temporal e espacialmente varia”.

constitucional e infraconstitucional, assim como as normas que regem os direitos humanos, devem ser observadas quando da análise de casos concretos.

Nessa esteira, tem-se pleiteado o arquivamento de inquéritos policiais quando o bem furtado é de pequena monta, devolvida ou não a coisa furtada (princípios da insignificância, lesividade e co-culpabilidade do Estado); pedido de arquivamento de inquérito policial quando o bem furtado é de pouca monta e devolvido à vítima, adotando o mesmo procedimento quando se está diante de um sonegador que paga o imposto devido antes ou depois do recebimento da denúncia resultando na extinção da punibilidade (princípio da isonomia)²⁸; pedido de arquivamento de inquérito policial (indiciamento por porte ilegal de arma) quando o laudo pericial comprova a ineficiência da arma (princípio da lesividade), visto que não se comunga com a criminalização de condutas tidas como de perigo abstrato²⁹; pedido de liberdade provisória em favor do indiciado ou réu por crime de porte ilegal de arma, tendo em vista que a sua vedação é inconstitucional.

Ainda como experiência adversa ao sistema penal máximo, citam-se os seguintes exemplos: pedido de nulidade do processo quando não apresentada as alegações finais de defesa ou defesa ineficiente, ante a violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório³⁰; pedido de nulidade do processo pela falta de nomeação e intimação de defensor para

²⁸ A desigualdade de tratamento é latente a partir do momento em que se observa que o instituto do “arrepentimento” do sonegador que paga o tributo, antes ou depois do recebimento da denúncia, enseja a extinção da punibilidade enquanto que aquele que comete um pequeno delito de furto simples, o seu arrependimento dá ensejo somente à diminuição da pena (art. 16 CP). Fica mais uma vez cristalizado que o sistema penal é seletivo.

²⁹ Arma de fogo com defeito (sem chances de produzir tiros) não tem potencialidade lesiva devido a sua impossibilidade material, razão pela qual a conduta é atípica, isto porque a finalidade do tipo é evitar o perigo iminente e real, e não perigo abstrato.

³⁰ Filia-se à corrente que defende que as alegações finais é uma peça essencial do processo penal, dela não se pode prescindir. Quando o advogado é intimado para apresentá-la e queda-se inerte, deverá o magistrado nomear defensor para cumprir essa fase processual, pena de nulidade absoluta, em homenagem aos princípios da ampla defesa e contraditório, não olvidando que é nesta peça que o defensor constituído ou nomeado poderá argüir as nulidades, pedir desclassificação do crime, pedir a exclusão de uma qualificadora ou uma majorante e pedir absolvição.

apresentar defesa prévia, ante a violação do princípio da ampla defesa³¹; pedido de liberdade provisória em favor de réu ou indiciado quando supostamente praticado crime que comporta a suspensão condicional do processo ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, ante a contrariedade de tais institutos com a prisão em flagrante; pedido de liberdade provisória em favor de réu quando o processo não vai a julgamento em tempo razoável, em harmonia com o princípio da razoabilidade recentemente erigido a *status* constitucional e com os tratados e convenções internacionais em que o Brasil é signatário.

Segue: aplicação do tipo que prevê o furto privilegiado em casos de crime de furto qualificado, considerando que por questões eminentemente topográficas não se pode deixar de aplicar a minorante³²; apelação em favor do réu para diminuir a pena aplicada por violação do princípio da proporcionalidade; ajuizamento de Embargos de Declaração quando o magistrado omite na sentença condenatória o motivo pelo qual não substitui a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, presentes os requisitos legais³³; argüição de inconstitucionalidade pelo controle difuso do parágrafo único do art. 409 do CPP, ante a inversão da finalidade do princípio do estado de inocência e do julgamento em definitivo em um prazo razoável³⁴; e pedido de absolvição do agente quando não formado o contraditório no

³¹ A falta de nomeação e intimação de defensor para apresentar defesa prévia é derivada do princípio da ampla defesa, em cuja peça poderá ser argüida a incompetência do juízo, as exceções (de natureza preclusiva), requerer diligências e arrolar testemunhas.

³² Filia-se à corrente que defende a possibilidade de desclassificação de furto qualificado pela co-autoria para furto privilegiado (bem de pequeno valor) sob a sustentação de que a posição meramente topográfica não sobrepõe o princípio da proporcionalidade, o qual funciona como um limitador do Direito Penal máximo, primando fundamentalmente em combater o excesso do poder punitivo, no desiderato de ser aplicada uma punição mais justa, equânime, razoável e equilibrada entre a conduta e o tipo.

³³ Entende-se um direito público subjetivo do réu e não uma forma de conveniência do julgador.

³⁴ A sentença de impronúncia tem natureza terminativa de inadmissibilidade da imputação, ou seja, o processo é extinto sem o julgamento do mérito, sustando-o e ficando à mercê de novas provas que certamente não virão ou à espera da extinção da punibilidade pela prescrição que se dá em vinte anos no caso de homicídio qualificado. Esse vergastado dispositivo viola o Estado Democrático de Direito, inserido como regime político após a publicação do CPP, porquanto se tornou inconstitucional. Ora, todo réu tem o direito de ser julgado, em definitivo, dentro de um prazo razoável (art. 5º LXVIII da CF). O estado de inocência (princípio da presunção de inocência) é violado a partir do momento em que

processo de rito comum, sob a fundamentação de que a condenação, com prova testemunhal exclusivamente colhida na fase policial, porquanto sem a formação da culpa, implica na violação do princípio do contraditório, base de sustentação do sistema penal acusatório.

Argumenta-se nas peças processuais que o sistema penal é seletivo, etiqueta e estigmatiza pessoas, apontando diretrizes comprometidas com o Direito Penal e o Direito Processual garantista. Questiona-se várias arbitrariedades e contrariedades insertas nos precitados diplomas legais: a) possibilidade do magistrado analisar a personalidade do agente e chegar à conclusão de que tem inclinação para a prática de crimes quando da dosimetria da pena (art. 59 do CP) por não ser um psicólogo, um psicanalista; b) inexistência de prazo prescricional para o denominado *antecedentes criminais* para balizar, por exemplo, um pedido de liberdade provisória; c) as penas previstas nas qualificadoras do crime de furto serem mais severas do que as previstas no crime de roubo, sendo este de maior potencial ofensivo; d) a vigência do famigerado *recurso de ofício* quando o magistrado absolve sumariamente o réu, posto que viola o princípio da honestidade do julgador e da segurança jurídica.

Tem-se enfrentado certa dificuldade no juízo de primeiro grau e com mais intensidade no Tribunal de Justiça, considerando que o Poder Judiciário brasileiro é conservador e ainda permanece encastelado.

A título de comparação, impende gizar que quando se está atuando na esfera da Probidade Administrativa, observa-se a dificuldade do trâmite das ações civis de improbidade administrativa, que não chega a julgamento definitivo, cômico de que o sistema é efetivamente preparado para que ações dessa natureza, que envolve “gente grande”, não funcionem mesmo! Nas ações penais comuns, o sistema se mostra eficaz, haja vista que seu trâmite se desenvolve de forma mais célere com vista a uma sentença condenatória. Portanto, esta experiência só vem a confirmar que o sistema penal é seletivo e trabalha para expurgar da sociedade o etiquetado como

se transforma em presunção de acusação, tendo em vista que o réu ficará no banco de reservas do sistema penal à espera de umas das hipóteses já mencionadas. Ficará, então, por longos e temerosos invernos, com a faca no pescoço, não podendo, por exemplo, contrair emprego posto que a sua folha criminal consta registro de crime e é cediço que a sociedade é preconceituosa.

criminoso, o qual é responsável pela não construção da cidadania modelada pelo próprio sistema. Porém, na verdade, esse sistema trabalha pela não-cidadania.

Alvitre-se que o legislador, visando a dificultar ainda mais o ajuizamento das ações de improbidade administrativa, criou dois mecanismos de defesa para os ímprobos: o primeiro diz respeito à notificação prévia, consistente na notificação do demandado para oferecer manifestação quanto ao teor da ação e, somente depois, ser apreciada pelo magistrado, que decidirá pelo recebimento ou não da proemial.

O segundo refere-se à alteração do art. 84 do CPP dada pela Lei nº 10.628/2002, que concedeu foro privilegiado a determinadas autoridades, retirando das mãos de mais de quinze mil Promotores de Justiça à atribuição de instaurar inquérito civil e a propositura da respectiva ação de improbidade, transferindo aos Procuradores-Gerais de Justiça, que são apenas vinte e sete no país, cuja ação não corre mais no lugar do dano e, sim, nos Tribunais. O pior é que esse privilégio foi estendido a ex-agentes detentores de cargos ou funções públicas.

Quanto a esse segundo mecanismo, um grupo de promotores de justiça maranhense iniciou um movimento no desiderato de colher um milhão de assinaturas objetivando a reverter a vexatória situação por meio de lei de iniciativa popular. O trabalho foi desenvolvido através de audiências públicas em todo o Estado, nas quais eram demonstrados à população os efeitos devastadores desse privilégio, que culmina, iniludivelmente, no processo de exclusão social. Não se pode ficar inerte, é preciso lutar unidos e não atomizados como deseja o neoliberalismo. É preciso exercer os espaços públicos para que um dia se conquiste a tão almejada cidadania emancipatória.

Essa luta, que se transformou em uma flâmula nacional, teve, a bem da nação brasileira, resultado extremamente positivo, posto que o Excelso Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus ministros, julgou inconstitucional vergastado dispositivo através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade sob os números 2.797-2 e 2.860-0³⁵.

³⁵ Vários políticos, através de projeto de lei, procuram, agora, aplicar novo golpe, desta feita, sustentam que agentes políticos são imunes às sanções insertas na Lei de Improbidade Administrativa, já que condutas desse quilate estão sujeitas à lei que disciplina os crimes de responsabilidade, que prevê sanções muito brandas. Ressalta-se que o STF,

Além dessa louvável iniciativa, foi criado o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral e Administrativa – MCCEA, nascido de comícios da cidadania contra a corrupção eleitoral na época das eleições municipais de 2000, por ação de vários promotores de justiça e juízes de direito que, na luta por eleições mais limpas, procuraram conscientizar o leitor de que voto não se vende. Essa ação de cidadania continua firme no seu propósito e já congrega mais de 60 entidades não-governamentais e resultou em vários processos de cassação de mandato eletivo com base na Lei nº 9840/99.

Ainda nessa linha de frente, o Ministério Público, em parceria com o Tribunal de Contas local, lançou, no ano de 2003, o programa intitulado “Contas da Mão”, com o desiderato de despertar a população para o exercício do direito cobrar e ter acesso às contas públicas do Chefe do Poder Executivo. O programa já desenvolveu palestras, audiências públicas e oficinas nos pólos regionais previamente estabelecidos, objetivando a treinar líderes comunitários de todos os municípios para serem multiplicadores. Esse programa já congrega aproximadamente 10 entidades.

Esta digressão tem por objetivo enfatizar que o cidadão³⁶, quando consciente de seu papel cívico, é capaz de combater também o sistema

na sua composição anterior (04 ministros votaram antes de se aposentarem) julgando Reclamação nº 2.138-DF, proposta pelo Ex-Ministro Sardenberg (Tecnologia) que sustentou que agentes políticos não estão sujeitos às sanções da LIA e, sim, da lei que disciplina o crime de responsabilidade, julgou procedente, determinando a baixa do processo. No mesmo dia, com a nova composição, a Corte iniciou o julgamento de ação idêntica (Petição nº 3.932-SP), proposta pelo Ex-Governador de São Paulo, Paulo Maluf (condenado por ato de improbidade administrativa pela Justiça Paulista). O Ministro-Relator Joaquim Barbosa, no voto, fundamentou que agentes políticos estão sujeitos à Ação de Improbidade Administrativa e a tendência, com a nova composição, é manter este posicionamento, a bem da moralidade pública. (O Ministro Joaquim Barbosa foi um dos que votou contra o posicionamento firmado no caso de ex-ministro). Destarte, defende-se que a composição do Supremo Tribunal Federal seja por mandato e não vitalício, justamente para que os entendimentos não se perpetuem, otimizando o Direito.

³⁶ A cidadania deve ser compreendida como um processo de luta tendente à emancipação. Dessa forma, por não possuir caráter de estatização, deve ser sempre buscada a ampliação do espaço público. Nessa linha de pensamento, ser cidadão não é apenas ser sujeito de direitos e tampouco portador de título de eleitor, já que não se confunde cidadania com direitos políticos ou nacionalidade. A questão de cidadania envolve, acima de tudo, “as condições materiais da existência humana, que o mero conhecimento não alcança implementar”. (CORRÊA, 2005, p. 46). Para Batista (2004, p. 101), a diluição do sentido

penal máximo, já que o mesmo objetiva minimizar os seus direitos e garantias fundamentais e, por corolário, o seu espaço de luta³⁷, o qual já é visivelmente limitado.

5 CONCLUSÃO

O Sistema penal é composto por um grupo de instituições que tem por fim precípua a realização do Direito Penal, o qual exerce o controle social punitivo através de sua instância formal (judiciário, ministério público, polícia, penitenciária), razão pela qual se intitula *controle social punitivo institucionalizado*. Visa a varrer da sociedade os comportamentos desviantes, os etiquetados como criminosos, mas dentro de um processo seletivo, cuja clientela é a classe dos menos favorecidos, a parte “má” da sociedade, com o escopo de extirpá-la para que reine o paraíso em favor da outra parte composta exclusivamente por homens de “bem”.

O controle social é também realizado pela instância informal, em que se encontra a igreja, a escola, a mídia e também tem por escopo cultural o processo de seletividade, dividindo a sociedade em dois lados: o do “bem” e o do “mau”.

A mídia teve e tem papel importante no processo de desenvolvimento do país, notadamente para a construção da democracia, porém critica-se a mídia intitulada de “midiocrática”, que fala a língua do sistema penal punitivo, implanta a cultura do medo e a engenharia de punir, alimentando o movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal do inimigo,

da palavra cidadania, na sua avassaladora e cotidiana despolitização, constitui um lídimo golpe de mestre.

³⁷ O espaço a que se refere é divorciado do sentido imposto pelo liberalismo clássico e pela política do neoliberalismo, que procuram realimentar este modelo, encarando o espaço público diferente do espaço privado. O primeiro é lugar de poder político, enquanto que o segundo é o espaço do homem, dos direitos individuais e do espaço doméstico (reprodução, trabalho etc). O homem (espaço privado) só ocupa o espaço público quando exerce o direito ao voto. Após, retorna ao seu espaço de origem. Assim, o *status* de cidadão é diferente do *status* do homem. Enfim, adota uma política excludente. Ter espaço público a que se faz alusão, é bem sintetizado por Corrêa (2005, p. 46), segundo o qual “significa usufruir satisfatoriamente das condições necessárias para a realização humana, entre elas e os meios materiais de que dispõe a sociedade para a convivência coletiva”.

correntes que sustentam que o combate à criminalidade será resolvido com a exacerbação de pena e tipificação de novas condutas, o que demanda a um exagerado investimento na segurança pública de forma falaciosa, em detrimento do social, ou seja, potencializa-se o Direito Penal e esvazia-se o social. É o império do sistema penal máximo.

Em face das respostas do sistema penal máximo ser simbólicas e invertidas, advieram outros movimentos, tais como o abolicionismo radical que objetiva a desconstrução do Direito Penal retributivo (cultura punitiva), porém ainda distante da realidade brasileira. Por outro lado, o Direito Penal somente deve intervir nas relações ou em determinadas condutas como *ultima ratio*, posto que Direito Penal mínimo é realidade presente, carecendo de maior concretude e ampliação.

E é o Direito Penal mínimo que o garantismo penal visa a fortalecer, na medida em que propõe estabelecer critérios racionais e cívicos (princípio da proporcionalidade) à intervenção do Direito Penal, pondo um limite no poder punitivo estatal.

Afigura-se que o sistema penal positivo carece ser repensado, tornando-o, pelo menos, mais racional e garantista, balizado por parâmetros democráticos e humanos, a fim de se aproximar da dignidade da pessoa humana, princípio-mãe da Carta Política Federal.

Destarte, as idéias consignadas neste artigo são concretizadas nos processos criminais que tramitam na promotoria de justiça, cuja atuação está comprometida com o Estado Democrático de Direito, Direitos Humanos, Tratados e Convenções Internacionais em que o Brasil é signatário e dentro da rigorosa responsabilidade que o cargo de Promotor de Justiça exige.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; GARCIA, Rogério Maria. Violência e (inter) disciplinariedade: Uma abordagem da execução da pena no Brasil a partir da sociedade do risco e da (in) segurança midiática. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 4. n. 18, p. 209-217, abr. jun. 2005.

ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima. Código da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dogmática jurídica. Escorço de sua configuração e identidade** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; LYRA, Roberto. **Criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução de J. Sérgio Fragoso. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1978.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 11, n. 42, p. 242-263, jan./mar. 2003.

_____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BIANCHI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A concepção minimalista do direito penal. Disponível em: <<http://www.direitofba.net>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 14, jan./dez. 2007

CARDOSO, Lílian Cláudia de Sousa. Lei e ordem: máscara de ferro agrava os erros do sistema. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

CORRÊA, Darcísio. Cidadania e desenvolvimento brasileiro. Uma perspectiva interdisciplinar. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 4, n. 18, p. 43-49, abr./jun. 2005.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida; SILVA, Maria Salete Amarado. A criminalidade violenta na sociedade contemporânea. Um estudo sobre a indústria da cultura do medo no imaginário social. Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

CLEINMAM, Beth. Mídia, crime e responsabilidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 2, n. 1, p. 93-104, jun./jul. 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. **O direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GERBER, Daniel. Direito penal do inimigo : Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre. Disponível em : <<http://www.jus2.uol.cm.br>>. Acesso em : 05 ago. 2007.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código penal. Código de processo penal. Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 13 (Série as Ciências Criminais no século XXI).

_____. Críticas à tese do direito penal do inimigo. Disponível em: <<http://www.mundolegal.com.br>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal.** Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

_____. Direito penal do inimigo. Disponível em: <<http://nadiantimm.jor.br>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernart de. **Penas perdidas. O sistema penal em questão.** Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luan, 1993.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

LOPES Jr. Aury. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Justiça negociada. Utilitarismo processual e eficiência antigarantista. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

OLIVEIRA NETO, Helenisa Maria Gomes; SILVA, Margarida Bittencourt; SANTOS, Nivaldo dos. Estado democrático de direito e legitimidade do direito positivo. Disponível em: <http://www.conped.org.br> Acesso em: 10 ago. 2007.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Sociedade, *mass media* e direito penal: uma reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 175-187, jul./set. 2002.

PRADO, Geraldo. Prisão e liberdade. Disponível em: <<http://www.estacio.com>>. Acesso em: 10 ago.2007.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal. Legitimidade versus deslegitimação do sistema.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Mário. **A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem.** São Paulo: Geração, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. O controle social punitivo e a experiência brasileira. Uma visão crítica da Lei nº 9.099/95, sob a perspectiva criminológica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 401-411, jan./mar. 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2 ed. Curitiba: Lumem Júris, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Direitos humanos como edição para a justiça**. São Paulo: LTr., 1998.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Mariá. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2 (Série as Ciências Criminais no século XXI).

TAVERNARI, Fernanda Barbosa Pinto. A instrumentalidade garantista do processo penal. Disponível em: <<http://www.emerj.rj.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. Desafios do direito penal na era da globalização. **Revista jurídica Consulex**, São Paulo, ano 5, n. 106, p. 38, 15 jun. 2001.

REELEIÇÃO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PRESCRIÇÃO

INTERPRETAÇÕES TELEOLÓGICA E HISTÓRICO- EVOLUTIVA PARA UM NOVO OLHAR SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/92

*Henrique Helder de Lima Pinho**

Resumo: A lei nº 8.429/92, conhecida como lei de combate à improbidade administrativa, nasceu num momento histórico de profunda conturbação, em face dos escândalos provenientes do cenário político nacional. Com o fim de tipificar as condutas ímprobas, bem como o de sancionar tais condutas, a legislação em referência apresenta-se como um imenso passo rumo à moralização daquele cenário, buscando a salvaguarda dos princípios maiores da Administração Pública e o afastamento dos agentes corruptos. Entretanto, a aplicação do diploma legal tem enfrentado muitos obstáculos, dentre os quais se pode mencionar os relativos à prática de atos de improbidade por agentes políticos reeleitos, haja vista que estes têm alegado a ocorrência da prescrição das pretensões ajuizadas com fundamento naquela lei, fato este merecedor de reflexão, uma vez que, ao tempo da confecção da norma jurídica aludida, não se cogitava ainda o fenômeno reeleição para os chefes do Executivo, motivo por que se torna imperioso o perscrutar do conteúdo teleológico repousado no interior da famigerada lei.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Interpretação teleológica. Momento histórico. Prescrição da pretensão sancionatória. Reeleição. Contagem do prazo prescricional.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inapelavelmente, urge pisarmos na primeira lajota do itinerário deste estudo, qual seja, a previsão constitucional no que tange ao trato dos atos de improbidade. Neste sentido, a Constituição da República de 1988, em seu

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Pós-graduando em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão.

art. 37, § 4º, assevera que os atos de improbidade administrativa importarão: a) a suspensão dos direitos políticos; b) a perda da função pública; c) a indisponibilidade dos bens; e d) o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Antes, porém, determina o *caput* do citado artigo que a atuação administrativa é regida, dentre outros, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Discorrendo sobre o princípio da legalidade, observa com argúcia Bastos (1994, p. 25) que:

[...] com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer. Embora a Administração muna-se de agentes humanos, de cujo processo intelectual e volitivo vai valer-se para poder manifestar um querer seu, a verdade é que nesse campo os processos psíquicos humanos não são prestigiados enquanto titulares de uma liberdade que se quer ver respeitada, mas tão somente enquanto instrumentos da realização os comando legais que não poderiam evidentemente passar do seu nível abstrato normativo para o concreto senão por intermédio de decisões humanas. De tudo ressalta que a Administração não tem fins próprios, mas há de buscá-los na lei, assim como, em regra, não desfruta de liberdade, escrava que é da ordem jurídica.

No tocante à moralidade administrativa, é oportuna a lição de Hauriou (apud BASTOS, 1994, p. 36) que a definiu como sendo

[...] o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a

moral administrativa, que é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.

O princípio da impessoalidade significa que o administrador não deve dirigir seus atos administrativos para si, ou para determinadas pessoas que queira beneficiar. A Administração deve buscar sempre um fim público e impessoal.

Lima (1982, p. 22) afirma que:

O fim - e não a vontade - domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra do direito.

A administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietária, do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado. Opõe-se a noção de administração à de propriedade, visto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou à personalidade do administrador, mas à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir.

Quanto ao princípio da impessoalidade, Meirelles (1997, p. 85) enuncia que “nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objeto do ato de forma impessoal”.

Após essas reminiscências acerca dos princípios da Administração Pública, sempre é bem-vinda a lição de Mello (1994, p. 451), para quem

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma

de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

2 O CÓDIGO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Em face dos princípios citados supra, bem como à vista do princípio republicano (*res publicae*), o constituinte confeccionou os §§ 4º e 5º do art. 37, estabelecendo que a forma e a gradação das sanções decorrentes de ato de improbidade administrativa serão previstas em lei, à qual caberá também a fixação dos prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A Lei nº 8.429/92 é a que rege a matéria, consistindo num autêntico código da moralidade administrativa, uma vez que não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção.

Impera destacar – até porque será de crucial importância para este estudo – que a finalidade do combate constitucional à improbidade administrativa é evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado ou em vista de favorecimento pessoal. Deveras, em atenção ao que já preconizava Platão (1994, p. 117), a finalidade seria a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos, pretendendo-se, pois, a fixação de uma regra proibitiva, no sentido de que os servidores públicos não se deixem “induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado”.

Esta teleologia comportada na lei em epígrafe é de fulcral relevância para a compreensão do âmbito de sua aplicabilidade e, principalmente, como vetor interpretativo, como será visto em seguida.

3 PRESCRIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA

O vocábulo prescrição, segundo Silva (1984, p. 433) origina-se do latim *praescriptio*, este decorrente de *praescribere* com o significado de

prescrever, escrever antes. No sentido jurídico, o termo equivalia a *exceptio*, ou seja, era o mesmo que exceção, a qual poderia ser alegada tanto pelo autor como pelo réu como uma demonstração (*demonstratio*) das razões em que se fundava o *pedido* ou a *defesa*.

Todavia, o sentido jurídico atual do termo, como se sabe, passou a exprimir o modo pelo qual o direito de ação se extingue, ou seja, fluído o lapso temporal previsto na lei para o exercício do direito, não poderá mais o titular do mesmo ajuizar ação para exercitá-lo.

Ainda há quem resista a esse conceito. Vale transcrever a passagem do saudoso civilista Pereira (1999, p. 435), que, ao abordar a prescrição extintiva, bem evidencia essa resistência:

Diferentemente da prescrição aquisitiva, que atua como força criadora, a *extintiva* ou *liberatória* conduz à perda do direito pelo seu titular negligente, ao fim de certo lapso de tempo, e pode ser, em contraste com a primeira, encarada com força destrutiva. Perda do *direito*, dissemos, e assim nos alinhamos entre os que consideram que a prescrição implica algo mais do que o perecimento da ação. No direito romano, onde a princípio não se admitia a prescrição, quando foi consagrada, entendeu-se que alcançava a *actio*, subsistindo o direito. O Código Civil brasileiro no mesmo sentido se pronuncia, falando sempre em *prescrição da ação* (arts. 177 e 178). Pelo efeito do tempo, entretanto, aliado à inércia do sujeito, é o *próprio direito* que perece. O titular não pode reclamá-lo pela ação, porque não o pode tornar efetivo. Observando apenas o aspecto da ineficácia da tutela jurídica, comumente sustentam muitos autores que a *praescriptio* tem por efeito fulminar tão somente a *actio*, deixando o direito inato. Tem por consequência, acrescentam, extinguir o tegumento protetor da relação jurídica, deixando incólume a sua substância. Numa concepção análoga, outros declaram que a prescrição não extingue a pretensão em si mesma, senão permite opor-lhe uma exceção peremptória.

É de entendimento comezinho que a finalidade do instituto é a pacificação das relações sociais, porquanto, para garantir-se segurança jurídica, torna-se inconveniente eternizar a possibilidade do exercício de um direito subjetivo pelo credor. Neste desiderato, surge a necessidade de penalizar-se a inércia do pólo ativo da relação jurídica com o reconhecimento da prescrição de sua pretensão de provocar a jurisdição, no prazo que a lei lhe concedeu essa possibilidade.

Percebe-se, pois, que se trata de uma questão de ordem pública, sendo matéria que deve estar regulada na lei de forma clara e objetiva, não se situando no campo da autonomia das vontades. Em função disso, não se admite a renúncia voluntária ao prazo prescricional.

Repita-se. A prescrição, concebida e aperfeiçoada como um imperativo de ordem pública, é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada.

Quanto às sanções previstas na lei de combate à improbidade administrativa, dispositivo relativo à prescrição encontra-se assim regido: “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

O debate que se propõe agora é saber como deve ser computado o prazo prescricional nos casos em que o agente político fora reeleito, tendo o ato de improbidade administrativa sido praticado quando do primeiro mandato.

É irretorquível o entendimento segundo o qual, em caso de reeleição, não há ruptura na gestão administrativa. Logo, não há sentido em iniciar-se o cômputo do prazo prescricional quando do término do primeiro mandato, mas sim do segundo. Ou seja, este deve ser contado a partir da data em que o requerido efetivamente deixara o cargo, até porque, enquanto estiver exercendo o cargo em razão do qual praticou o macambúzio ato, poderá o agente criar embaraços à investigação da improbidade sua. Tanto é assim que a lei não estabeleceu como termo *a quo* do prazo prescricional a data em que o ato fora praticado, mas sim a data do término do mandato.

A razão de ser desse raciocínio é muito clara. Quando da confecção da lei em comento – Lei nº 8.429/92 – ainda não havia a possibilidade de recondução imediata ao cargo de direção do Executivo. Em suma, ainda

não havia possibilidade jurídica de serem os chefes do Executivo (Federal, Estadual e Municipal) reeleitos. Tal possibilidade dera-se somente a partir da Emenda Constitucional de nº 16 de 1997.

Como não havia o instituto da reeleição em 1992, não poderia a Lei de Combate à Improbidade prognosticar o advento do referido instituto nos anos seguintes. Enfim, ao rezar que o termo *a quo* do prazo prescricional é o término do mandato eletivo, desejou o legislador – com respaldo na opinião pública que, à época, reclamava contra a “onda” de corrupção que se instalara no país – punir, veementemente, os atos praticados por agentes políticos, que importassem em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou ofensa aos princípios da administração pública.

Estávamos na era dos “caras-pintadas” e presenciávamos o *impeachment* de um Presidente da República. O momento histórico, pois, em que fora confeccionada a Lei nº 8.429/92 era de combate à improbidade administrativa e de tentativa de moralização da vida pública.

Percebe-se, portanto, que as interpretações histórica e teleológica realizadas sobre o conteúdo da norma permitem-nos assegurar que o fim maior é o combate à improbidade e, para tanto, o prazo prescricional assinalado tem por termo *a quo* a data do término do mandato, assim considerado o momento em que, efetivamente, deixara o agente político o cargo eletivo.

Deveras, não haveria sentido em interpretar-se o início do prazo prescricional da forma como vêm desejando os agentes políticos. Se se contasse o prazo a partir do término do primeiro mandato, estar-se-ia premiando o agente político – o que seria incoerente com a ebulição social que fundamentou a elaboração da norma – o qual fora reeleito e que ainda estaria no exercício do cargo, com oportunidades demasiadas de, inclusive, evitar a descoberta de ilícitos civis¹.

Com efeito, estando ainda no cargo em razão da reeleição, estaria o agente político com poderes e atribuições suficientes a encobrir irregularidades ocorridas no primeiro mandato, de modo a favorecer a ocorrência da prescrição.

¹ No sentido de que os atos de improbidade administrativa possuem natureza civil, conferir: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 337.

A prevalecer o entendimento de que o prazo prescricional é iniciado com o término do primeiro mandato quando neste é praticado o ato eivado de improbidade, estar-se-ia implodindo a teleologia comportada na norma, conforme dito retro, até porque, como se falou, é presumível uma maior dificuldade de investigação da improbidade perpetrada quando o agente ainda se encontra no exercício do poder. Haveria, por outro lado, uma contribuição ao descrédito quanto à punição de ilícitos dessa natureza.

Logo, em face de interpretação histórico-evolutiva e, principalmente, teleológica, fácil se constata que, no caso de reeleição, o prazo prescricional tem como termo *a quo* o término do segundo mandato. Ou seja, quando se tratar de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança), a teor do art. 23, I, o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução.

Com isto, confere-se aos legitimados – especialmente ao Ministério Público² – um eficaz mecanismo para a apuração dos ilícitos praticados. Com efeito, durante todo o lapso em que os agentes permanecerem vinculados ao Poder Público, a prescrição estará em estado latente, a depender da implementação de uma condição suspensiva (dissolução do vínculo) para o seu início, permitindo, assim, uma ampla investigação dos fatos, como é do interesse da sociedade, ou seja, dos destinatários da atuação do agente.

Para corroborar esse entendimento, urge que se expendam os seguintes argumentos: a) o art. 23, I, da lei nº. 8.429/92, fala em exercício de mandato, o que afasta a possibilidade de se atrelar o lapso prescricional ao exercício do mandato durante o qual tenha sido praticado o ato; b) a reeleição do agente público denota uma continuidade no exercício da função em que se deu a prática do ilícito, fato que, apesar da individualidade própria de cada mandato, confere unicidade à sua atividade; c) as situações previstas no art. 23, I, da Lei nº. 8.429/92, tratam de vínculos de natureza temporária, estando o lapso prescricional atrelado à sua cessação, o que somente ocorrerá com o término do último mandato; d) a associação do termo *a quo* do lapso prescricional à cessação do vínculo está diretamente relacionada à influência que poderá ser exercida pelo agente na apuração dos fatos, o que reforça a

² A especialidade aqui atribuída ao Ministério Público deve-se ao fato de que a imensa maioria (quase a totalidade) das ações de improbidade em trâmite no Judiciário brasileiro fora por ele ajuizada.

tese de que a prescrição somente deve principiar com o afastamento do agente; e e) a sucessão temporal entre os mandatos não pode acarretar a sua separação em compartimentos estanques, pois consubstanciam meros elos de uma corrente ligando os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade.

Deveras, se ao tempo da confecção da mencionada lei já houvesse a possibilidade de recondução dos agentes aos cargos de direção do Executivo, indubitavelmente a lei de combate à improbidade estabeleceria o término do segundo mandato como termo *a quo* do lapso prescricional. Sempre foi da tradição do direito constitucional brasileiro a proibição de reeleição do Chefe do Executivo, motivo pelo qual não tratou a lei especificamente dos casos que envolvessem reeleição.

Por isso é que a lei de improbidade administrativa, ao dispor sobre a prescrição (art. 23, I), foi expressa em fixar como termo *a quo* “o término do mandato eletivo”, sem nada prever acerca de mandatos consecutivos derivados de reeleição porque esta possibilidade ainda não existia no ordenamento jurídico brasileiro naquela época, como nunca existiu antes da Emenda Constitucional 16/97.

Neste sentido, Moraes (2006, p. 219) infere que “A emenda constitucional n. 16/97 alterou tradição histórica do direito constitucional brasileiro instituindo a possibilidade de reeleição para o chefe do Poder Executivo federal, estadual e municipal”.

Ademais, no tocante à necessidade de desincompatibilização, ensina Moraes (2006, p. 225):

Importante opção adotada pela Emenda Constitucional n. 16/97 foi no tocante à inexigência de desincompatibilização do Chefe do Poder Executivo que pretenda candidatar-se à reeleição. A citada Emenda não exigiu ao titular de mandato executivo a necessidade de renunciar, ou mesmo de afastar-se temporariamente do cargo, para que pudesse concorrer a sua própria reeleição, demonstrando a nítida escolha pela idéia de continuidade administrativa.

Conclui-se, portanto, que a intenção do legislador foi no sentido de que o prazo prescricional somente iniciasse sua contagem após a saída do administrador do cargo público eletivo.

Importa observar, por outro lado, que as ações de improbidade normalmente são propostas com o condão de buscar o ressarcimento ao erário (este, sim, o maior objetivo das ações, em face do princípio da coisa pública). A própria lei apontada estabelece o ressarcimento como sanção, em seu art. 12, senão vejamos:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do artigo 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, **ressarcimento integral do dano, quando houver**, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos;

II - na hipótese do artigo 10, **ressarcimento integral do dano**, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos; (grifo nosso).

Vê-se, pois, que a lei não objetiva tão-só punir o agente político com aplicação de multas e suspensão dos direitos políticos, mas também garantir o retorno dos bens e valores eventualmente apoderados por aquele em detrimento do ente público.

Realmente, nem poderia ser diferente, pois a lei fora fecundada em momento de conturbação político-institucional que almejava a impregnação do espírito republicano, com respeito à coisa pública.

Também em função do fundante princípio republicano, a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, §§ 4º e 5º, estabeleceu a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, como se vê:

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o **ressarcimento ao erário**, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas** as respectivas **ações de ressarcimento**. (grifo nosso).

Assim sendo, independentemente da discussão acerca da prescrição quanto às demais penalidades, é incontestável que a ação de improbidade, quando almeja o ressarcimento ao erário, goza de imprescritibilidade.

Este é um cuidado que os operadores do direito devem possuir, mesmo aqueles que não compartilhem do entendimento esposado aqui quanto ao início de contagem do lapso prescricional.

Nesse sentido, segue a jurisprudência nacional:

118913 JCF.37 JCF.37.5 JCCB.178 JCCB.178.9.V.B – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Demanda que tem por objeto a anulação de contrato administrativo, celebrado entre particulares e empresa integrante da administração pública indireta. Aplicação do prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, V, b do CC. Inadmissibilidade. **Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, afastando a incidência de princípios e normas de direito privado. Inteligência do art. 37, § 5º, da CF.** (TJSP – Ap 153.528-5/0-00 – 3ª C. – Rel. Des. Magalhães Coelho – J. 19.12.2000)

39010882 JCF.37.4 JCF.37 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDISPONIBILIDADE DE BENS – EX PREFEITO MUNICIPAL – ATOS LESIVOS AO ERÁRIO – LEI Nº 8.429/92 – CONSTITUCIONALIDADE – PRESCRIÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PERICULUM IN MORA – PRESSUPOSTO – A constitucionalidade da Lei Nº 8.429/92 deriva das disposições do art. 37, § 4º, da Constituição da República, sendo meio legal hábil para coibir atos lesivos dos agentes da Administração Pública nos níveis, federal, estadual e municipal. **O prazo prescricional definido na Lei nº 8.429/92 não se aplica às ações de ressarcimento dos cofres públicos, oriundas de ilícitos administrativos. A ação civil pública é instrumento válido aos fins de impor ao agente político o ressarcimento dos cofres públicos pela prática de eventuais ilícitos administrativos no seu mandato**, porém, a liminar prevista no art. 12 da Lei nº 7.347/85 não poderá ser deferida se incomprovado o periculum in mora. Agravo de instrumento provido. (TJMG – AG 000.172.076-2/00 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Lucas Sávio V. Gomes – J. 03.08.2000)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei nº 8.429/92, assim como qualquer outra norma jurídica, merece ser perscrutada com olhos em direção ao futuro, sem olvidar do passado, em que é possível alcançar a teleologia de sua gênese, permitindo-se, destarte, fiel compreensão dos seus objetivos e limites.

Partindo-se do contexto em que se formou, poder-se-á entender a desenvoltura da legislação aplicável, tornando-se fácil a tarefa do intérprete quando da aplicação da lei. Quer-se dizer com isto que a interpretação teleológica, harmonizada com a interpretação histórico-evolutiva, é de demasiada importância para que seja o intérprete conduzido à inequívoca *mens legis*.

No que diz respeito à lei de combate à improbidade administrativa, identificou-se facilmente o seu espírito. Tratando-se de um código da moralidade administrativa, cunhado num momento de turbulência político-

institucional, em que a corrupção saltava aos olhos e em que a população gritava por punição dos agentes ímprobos, outro não poderia ser o desiderato senão a punição destes agentes, estabelecendo-se, para tanto, prazo prescricional de cinco anos a contar da data do término do mandato, no caso de agentes detentores de mandato eletivo.

Não estabelecera o legislador como termo *a quo* do lapso prescricional a data em que fora praticado o ato de improbidade porque esta contagem, fatalmente, não atenderia aos reclamos da sociedade, tampouco o espírito embrenhado na lei, haja vista que, enquanto estivesse no exercício do cargo eletivo, poderia o agente ímprobo camuflar, maquiar ou mesmo extirpar o seu ato inquinado de vício. Mais do que isso, poderia tranquilamente o agente ímprobo criar inúmeros empecilhos à descoberta ou à fiscalização de seus atos de improbidade.

Vê-se, pois, que o legislador, sabiamente, definira como termo *a quo* do prazo prescricional o término do mandato eletivo, uma vez que, deixando o cargo o agente ímprobo, os incumbidos de acioná-lo terão, em tese, acesso facilitado às provas da improbidade e liberdade para investigação.

Portanto, em se tratando de atos de improbidade praticados pelo agente político quando de seu primeiro mandato, caso tenha sido reeleito, o início da contagem do lapso prescricional de 05 (cinco) anos será o término do segundo mandato, porquanto esta interpretação é a mais condizente com a teleologia comportada na norma e harmônica com o interesse público.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

PLATÃO. **República**. Bauru: Edipro, 1994.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 3.

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES

*José Osmar Alves**

Resumo: A história da criminalização das condutas humanas de apropriação dos recursos destinados à manutenção do Estado (seja do ponto de vista da aplicação, seja sob o ângulo da arrecadação de tais recursos) sempre foi matéria tormentosa para a sociedade. Isto se deve a um sentimento, arraigado no imaginário do povo, que tende a ver como de ninguém aquilo que é de todos. Trazer a lume um pouco da história da tipificação da conduta de suprimir e reduzir tributo no Brasil, ressaltando os aspectos mais relevantes da Lei nº 8.137/90, é o objetivo deste pequeno trabalho.

Palavras-chave: Crime. Constituição. Ordem tributária. Histórico. Lei nº 8.137/90. Aspectos relevantes.

1 INTRODUÇÃO

As condutas humanas são tornadas típicas quando confrontam o interesse da sociedade em que ocorrem, sendo certo que o enquadramento se dá na exata medida em que tais condutas, que antes gozavam da indiferença social, agora recebem dessa mesma sociedade uma atenção negativa, materializada na lei penal, que se poderia caracterizar como um sinal vermelho, um aviso de que dali em diante não serão mais toleradas sem reprimenda.

Para a definição de um tipo penal há que se ter necessariamente uma conduta humana (embora haja moderna tendência à criminalização de condutas atribuídas a pessoas jurídicas). As condutas humanas, comissivas ou omissivas, são determinadas pela vontade do homem; vontade que se define filosoficamente como livre arbítrio. Assim, quando a conduta tornada típica resulta do livre arbítrio daquele que a praticou, sem causa externa considerável para a ocorrência do evento, a sociedade não opõe resistência à sua tipificação. Nestes casos se estará diante das chamadas *normas de*

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão.

*aceitação social*¹ – o indivíduo praticou a conduta pela sua única vontade, sabendo-a criminosa, e por isso todos aceitam, embora consternados, que seja punido. Via de regra, a observância das normas de aceitação social ocorreria naturalmente, sem coerção significativa, ainda que não houvesse sanção estabelecida para o seu descumprimento.

Há, porém, circunstâncias em que a conduta típica resulta de uma causa externa preponderante – a vontade de um terceiro, normalmente do estado. A conduta tornada típica até então se mostrara irrelevante para o convívio harmônico da sociedade. Criminalizá-la parece a todos arrematada injustiça, provocando a repulsa do homem médio, para cujo entendimento aquela conduta, agora tornada crime, deveria permanecer sob o manto da indiferença social. Nasce daí uma resistência natural à norma penal assim

¹ “No concernente à divisão em normas de aceitação social e de rejeição social, o dilema se compõe na medida em que as normas de aceitação social têm nas sanções instrumental repressivo de rara aplicação, posto que as normas de comportamento seriam cumpridas mesmo que não houvesse penalidades. As denominadas leis naturais – na moderna concepção de direito natural, que não se choça com o direito positivo, visto que há normas que o Estado apenas reconhece e outras que cria – são, quase sempre, normas de aceitação social. O respeito ao direito à vida é típica norma de comportamento, que seria cumprida pela maior parte de qualquer população, mesmo que sanção não houvesse. Para tais normas compreende-se que as normas sancionatórias sejam secundárias, visto que o brilho das normas primárias ou de comportamento por si só assegura a força de sua aplicação e aceitação pela comunidade. Desta forma, quanto às normas de aceitação social, Cossio tem razão, sendo a norma sancionatória mero apêndice de aplicação restrita aos desajustados sociais. O mesmo não acontece quanto às normas de rejeição social. Nestas, prevalece a necessidade da norma sancionatória, única capaz de fazer cumprida a norma de rejeição social. O tributo, como o quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma. É uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção é que assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, visto que a carga desmedida que implica traz, como consequência, o desejo popular de descumpri-la. Tanto assim é que um contribuinte, que seria incapaz de matar alguém, mesmo que não houvesse norma sancionatória, muitas vezes, é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável. É que todos os contribuintes sabem que pagam mais do que deveriam pagar para atender às necessidades maiores do Estado e às necessidades menores dos detentores do poder. Assim sendo, no que diz respeito às normas de rejeição social, parece-me que a teoria kelseniana tem maior propriedade, visto que a norma sancionatória é evidentemente, a assecuratória de norma tributária”. (MARTINS, Ives Grandra. **Sistema tributário na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 11-12).

vertida, não somente da parte do transgressor, mas de toda a sociedade. Tem-se aqui o que a doutrina chama *norma de rejeição social*.

No campo dos tributos, a situação é mais ou menos a seguinte: o cidadão arregimenta suas forças, coragem e economias e abre um negócio. No dia seguinte, antes mesmo que o primeiro cliente adentre no estabelecimento, chega o estado e diz que de tudo o que ali for produzido e vendido ele terá uma parte (no caso no Brasil, atualmente, mais de um terço).

O que pensa o homem médio de uma tal situação? Ora, o estado em nada contribuiu para que o empreendimento fosse possível, antes, ao contrário, opôs inúmeros obstáculos, exigindo taxas e registros vários, vistorias e laudos, embargos e certidões sem conta. Nenhum tostão ofereceu ao empreendedor e agora se apresenta como sócio. Sócio que só participa dos lucros e ameaça cadeia se aquilo que exige não lhe for entregue no tempo certo. Não há, pois, situação que aparente encerrar maior grau de injustiça do que considerar crime a sonegação fiscal, parecendo-nos perfeitamente justificável, do ponto de vista do direito natural, a conduta de quem defende seus bens daquele que injustamente os molesta. Por isso é que se diz que as leis que criam os tributos, bem como as que criminalizam a supressão e a redução desses mesmos tributos, se classificam entre as *normas de rejeição social*.

Embora passível do questionamento sociológico apontado acima, as normas que criam os tributos e as que tipificam sua sonegação precisam ser aceitas e acatadas pelos cidadãos, posto que, do ponto de vista político, são plenamente justificáveis. Apresentam-se tais normas como exigência inescapável do pacto social de convivência pacífica, para cujo gozo se criou o estado, e cujas despesas deverão ser suportadas pela sociedade, por meio dos tributos.

2 CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL – PEQUENO ESFORÇO HISTÓRICO

No Brasil, a tipificação da conduta de suprimir ou reduzir tributo só ocorreu com o advento da Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, que deu ao tipo o nome de *sonegação fiscal*, definindo-a como a ação de

I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deve ser produzida a

agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributo, taxas ou quaisquer adicionais devidos por lei; II – inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documento ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; IV – fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis; e V – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem da parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal².

Antes de 1965 as únicas figuras típicas relacionadas à supressão de tributos eram o *contrabando ou descaminho* (art. 334, aplicado aos particulares) e a *facilitação ao contrabando ou descaminho* (art. 318, aplicado aos funcionários públicos). Ambas figuras típicas foram incorporadas ao Código Penal de 1940, remanescentes que eram do Código Republicano de 1890 (art. 265), que por sua vez os reproduzira do antigo Código Criminal do Império, promulgado em 16 de dezembro de 1830 (art. 177).

É claro que desde 1940 o Código Penal trazia figuras típicas que bem poderiam ser aplicadas, subsidiariamente, à sonegação fiscal (*a apropriação indébita – art. 168, o estelionato – art. 171, a falsificação de documento público – art.297 e a falsidade ideológica - art.299*). Mas não o eram, porque a nossa doutrina e jurisprudência operavam o direito (e ainda operam, em certa medida) sob a inspiração da teoria iluminista, em que se prestigiava o individualismo em detrimento do coletivo, em que se respeitava como sagrada a clássica divisão liberal dos espaços público e privado. Assim, toda a liberdade se permitia à iniciativa privada, inclusive a

² Art. 1º da Lei 4.729, de 14.7.1965, com o inciso V acrescentado pela Lei 5.569, de 25.11.1969.

de apropriar-se dos recursos que arrecadasse do povo em nome do estado, e, não havendo figura típica a albergar conduta cujo resultado fosse a sonegação de tributo (salvo o contrabando ou descaminho), nada poderia ser feito em relação aos eventuais crimes-meio de que se tivesse valido o sonegador para suprimir ou reduzir outro qualquer tributo, embora toda sonegação seja, por sua própria natureza, uma *apropriação indébita*, que por sua vez quase sempre é precedida de uma *falsidade*, documental ou ideológica.

Os tempos mudaram radicalmente em 31 de março de 1964. A ordem constitucional foi rompida, instalando-se governo ilegítimo no país. Conquanto se haja de sempre lamentar aquela quadra da vida institucional brasileira, ao menos por uma coisa há de ser lembrada de forma positiva: foi na ditadura militar que a sonegação fiscal restou, pela primeira vez na história do Brasil, amplamente criminalizada. E isto se deu no bojo de uma reforma tributária que há muito a nação reclamava, cujo debate se arrastava penosamente há décadas.

Foi nesse cenário de *revolução armada* que o mesmo Congresso Nacional (sob o imenso impacto da cassação de grande parte de seus membros) aprovou a Lei 4.357, de 16 de julho de 1964, que, em seu art. 11, equiparou o não-recolhimento no tempo próprio do Imposto de Renda e do Imposto de Consumo (predecessor do hoje ICMS) ao crime de *apropriação indébita*, do Código Penal.

Foi um avanço considerável, porém logo se mostrou insuficiente. Choveram críticas da doutrina, com destaque para aquela que, entendendo a relação fisco-contribuinte como matéria a ser disciplinada tão-somente na esfera cível, enxergava na conduta apenas inadimplência, impontualidade no pagamento de uma dívida. Sustentavam aqueles juristas que a criminalização da conduta de não-recolhimento de tributo no tempo próprio ofendia a ordem constitucional vigente, pela possibilidade de prisão do inadimplente, quando a Constituição vedava a prisão por dívida. (RIBAS, 1997, p. 24).

Portanto, ainda após o advento da Lei 4.357/64, a jurisprudência nacional continuou a entender inaplicável o tipo *apropriação indébita* às infrações fiscais, de sorte que até 1965 insistia em responsabilizar criminalmente apenas o sonegador do imposto de importação, e o

funcionário público que contribuisse para o fato. Para a sonegação dos outros tributos dizia-se não haver tipo penal específico³.

Surgiu, então, nesse contexto, a já mencionada Lei 4.729/65, que passou a conviver com uma profusão de outras normas posteriores, que tratavam da apropriação de tributos e contribuições sociais no âmbito da Previdência Social, do Imposto de Renda, do IPI etc., ora criando figuras típicas, ora equiparando condutas com as já existentes no Código Penal, ou ainda remetendo à própria Lei 4.729/65, num verdadeiro pandemônio legislante, que infelizmente predomina até os dias atuais.

3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ORDEM TRIBUTÁRIA

Promulgada a Constituição de 1988, percebeu-se que o constituinte havia conferido status constitucional à atividade tributária do estado. Sabe-

³ Andrea Eisele escreve a respeito: “Porém, foi necessária a elaboração de tipo específico para o reconhecimento da tipicidade do fato (sonegação fiscal), pois a resistência cultural à aceitação da criminalidade econômica como realidade socialmente nociva em amplitude e profundidade de gravidade que justificasse sua repressão criminal, impedia que a jurisprudência aplicasse regras gerais do Código Penal a tais fatos, ainda que forma subsidiária, eis que os crimes-meio, praticados para o alcance do resultado visado pela conduta globalmente enfocada não eram punidos em face da conclusão da atipicidade da conduta (finalisticamente considerada), argumento que despreza o fato de que as circunstâncias finais no caso situar-se-iam no campo do exaurimento do delito, o que significa o mesmo que deixar de punir o porte ilegal de arma, se sua finalidade for o uso desportivo” (EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27).

Também Márcia Arend: “Importa refletir, portanto, que até o mês de julho do ano de 1964 não havia, no Direito Penal brasileiro, nenhuma norma especialmente destinada a enfrentar condutas lesivas à tributação, a não ser a criminalização do contrabando e do descaminho. No alvorecer da ditadura instalada no país em 31 de março de 1964, o governo militar logra instituir, pela primeira vez no Brasil, um texto legal que eleva à condição de conduta criminosa espécies de condutas lesivas aos interesses fiscais. É incontroverso que a pretensão do novo governo era a de fortificar o sistema de arrecadação dos tributos, a fim de coibir a sonegação mediante a imposição de penas de grau mais severo do que as que existiam no âmbito administrativo tributário”. AREND, Márcia Aguiar. **O controle penal da ordem tributária no Brasil: o uso do Direito Penal para a impunidade da sonegação fiscal**. Tese (Doutorado em Direito) - Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 113. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/o%20controle%20penal%20da%20ordem.pdf>>.

se que certas matérias se inserem na Constituição de maneira dispersa, só podendo ser compreendidas no contexto da própria Carta. Outras, porém, ocupam capítulos e títulos próprios e estão dispostas de maneira orgânica, formando como que um corpo à parte, de sorte que, mesmo que se as retirassem do corpo da própria Constituição, ainda assim seriam perfeitamente compreendidas e autonomamente aplicáveis. Quando isto se dá pode-se dizer que tal ou qual assunto forma uma *ordem constitucional*, a exemplo da ordem social, da ordem política, da ordem ambiental, da ordem econômica, da ordem tributária, ente outras.

Com efeito, o Título VI da Constituição Federal, que tratou da Tributação e do Orçamento, reservou um capítulo inteiro (Capítulo I) para disciplinar, de forma exaustiva, o Sistema Tributário Nacional, a partir do art. 145 até o art. 162, num total atual de vinte artigos, conferindo à matéria tributária o status de *ordem constitucional*.

Fazer constar uma matéria na Constituição é conferir a ela importância suprema dentro do regramento legal do país. Significa que agora essa matéria passa a ter foro de cláusula fundadora da própria sociedade, devendo sua observância ser muito mais prestigiada que antes, com o estabelecimento de mecanismos aptos e suficientes a torná-la eficaz.

Assim entendida a nova posição da matéria tributária no ordenamento constitucional brasileiro, o legislador comum federal fez editar a Lei 8.137, do dia 27 de dezembro de 1990, iniciando por redefinir o nome do tipo penal tributário para *crime contra a ordem tributária*, em lugar do anterior *crime de sonegação fiscal*. Com essa nova definição quis o legislador sublinhar a situação política recém inaugurada, fazendo ver aos cidadãos brasileiros que a supressão dos tributos agora não ofendia apenas uma mera atividade fiscal do estado, mas se transmudara em atentado à própria ordem constitucional vigente.

Nesse contexto, o Ministério Público brasileiro foi paulatinamente instrumentalizando suas promotorias e procuradorias para defender com mais eficácia a nova ordem constitucional tributária, ao lado de idêntico movimento observado nas polícias judiciárias, especialmente na Polícia Federal.

Hoje, passados dezenove anos da promulgação da Constituição e dezessete da edição da Lei nº 8.137/90, algumas pequenas vitórias já podem ser contabilizadas, com destaque para uma razoável percepção (na falta

ainda de um reconhecimento explícito) por parte da sociedade de que a supressão generalizada dos tributos é uma realidade nacional, e de que combatê-la é tarefa urgente, em face do grande potencial lesivo que esta modalidade criminosa apresenta.

4 LEI Nº 8.137/90 – ANÁLISE SINTÉTICA DOS ASPECTOS PRINCIPAIS

Embora a ementa da Lei nº 8.137/90 defina os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, este trabalho se cinge à análise dos crimes contra a ordem tributária, em seus aspectos de maior relevo.

4.1 Bem jurídico tutelado

O Dicionário Jurídico (2002, p. 32) resume o conceito de bem jurídico nos termos seguintes: “Diz-se de toda coisa que pode ser objeto de um direito”.

O conceito da Rideel certamente não atende em plenitude a compreensão que se deve ter de *bem jurídico*. Este, obviamente, não se resume às coisas, mas deve alcançar também, e essencialmente, os valores sociais, éticos e morais de uma dada sociedade.

No que concerne ao direito penal tributário, Nogueira (1976, p. 177) sustenta que o bem jurídico tutelado é o *crédito tributário*. É quase certo que o ilustre professor assim tenha se manifestado com arrimo na legislação anterior a 1988, pois na atualidade não restam dúvidas de que o bem jurídico tutelado pela norma penal vigente (a Lei nº 8.137/90) é a ordem constitucional tributária.

A rigor toda norma jurídica encontra seu fundamento de validade na própria Constituição. Há aquelas, porém, cuja validade aí se assenta com maior força e amplitude. É o caso da Lei nº 8.137/90, que por isso mesmo, no dizer de Ferreira (2002, p. 29):

não pode ter sua pertinência contestada por interpretações pretensamente liberais, alicerçadas em

premissas equivocadas, com aplicação de preceitos do direito penal comum, incompatíveis com os dispositivos especiais da Lei de Regência e mesmo conceitos metajurídicos, com o indisfarçável propósito de enfraquecer e de ilegitimamente negar sua eficácia normativa.

Alguns métodos de interpretação podem ser utilizados para enfraquecer o verdadeiro comando da norma, o que pode representar, em alguma medida, burla à *mens legis*. Não é exemplo disto, porém, o cotejo muito comum que se costuma fazer entre o direito à vida e o direito à liberdade. Qual desses direitos tem maior valor para a sociedade? De um ponto de vista puramente sociológico a resposta talvez fosse de que o direito à vida está acima de qualquer outro, devendo prevalecer em qualquer circunstância. Quando, porém, se examina o caso concreto, a resposta, às vezes, tende a ser positiva para a liberdade. Por que isto ocorre? Porque ambos valores (vida e liberdade) encontram agasalho na Constituição, entre suas cláusulas pétreas, sem pré-eminência relevante de qualquer deles. Então, há margem constitucional para especular sobre qual dos dois deve prevalecer em face do caso concreto.

Com a ordem tributária, no entanto, o resultado há de ser diferente, pois a Constituição não alberga outro direito que possa ser contraposto ao direito do estado de arrecadar tributos. O que a Lei Fundamental impõe são limites ao poder de tributar; limites que ela própria circunscreve e dentro dos quais o ente político pode atuar sem receio.

Logo, se não há direito expresso de o cidadão recusar-se a pagar os tributos, conseqüentemente não há como fazer qualquer cotejo entre a obrigação de pagar e de recusar o pagamento (como se pode fazer entre o direito de matar para não morrer), salvo na doutrina liberal mais arcaica, que justifica a sonegação num certo direito natural de defesa dos bens materiais individuais. Um tal direito só se poderia contrapor à obrigação de pagar tributo se a sociedade dispusesse da alternativa de excluir do seu meio todo aquele que se recusasse a contribuir para as despesas do estado.

Em resumo, o bem jurídico tutelado em matéria de tributos é a própria ordem constitucional, compartimentada em diversas categorias, importando aqui a ordem tributária.

4.2 Do crime

O crime contra a ordem tributária é material, de resultado e não admite forma culposa. Seu tipo subjetivo consiste na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo, nos exatos termos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, que sustenta constituir “crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório”, mediante as condutas que passa a enumerar.

Há doutrinadores que admitem poder punir-se a tentativa de supressão ou redução de tributo (DECOMAIN, 1997, p. 46). Argumentam que o contribuinte pode iniciar a execução do crime, interrompendo-se esta por ação de terceiro antes de vencido o prazo para recolhimento do tributo, limite temporal para a consumação do crime. Nesses casos, afirmam, ocorreria a situação típica do crime tentado.

Assim não entendemos, porém, uma vez que se ocorrer o pagamento do tributo após a extinção do prazo normal de recolhimento, não haverá mais crime, pois estará ausente a própria materialidade, consistente na prova de ter havido supressão ou redução de tributo.

4.3 Extinção da punibilidade

A Lei 8.137/91 trazia em seu art. 14 a previsão de extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária no caso de pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Esse artigo foi revogado pelo art. 98 da Lei 8.383/91, que afastou assim a cláusula de extinção da punibilidade. Quatro anos depois, o art. 34 da Lei 9.249/95 reintroduziu a cláusula da extinção da punibilidade, nos moldes da anterior – desde que o pagamento integral do tributo se desse antes de recebida a denúncia.

4.4 Extinção da punibilidade e suspensão da pretensão punitiva

Mais recentemente, o art. 9º da Lei 10.648, do dia 30 de maio de 2003, além de ratificar a cláusula de extinção da punibilidade, ampliou sua abrangência, além de criar uma cláusula de suspensão da pretensão punitiva do Estado.

Agora, se o contribuinte estiver sendo processado e pagar integralmente a dívida que deu origem à denúncia, extingue-se a punibilidade do crime; se, nas mesmas condições, parcelar a dívida, a pretensão punitiva do estado será suspensa até que cumpra o parcelamento. Se já tiver sido condenado e pagar integralmente a dívida, extinta será a punibilidade e, conseqüentemente, não cumprirá mais o restante da pena; se parcelar a dívida, suspende-se o cumprimento da pena até que pague todas as parcelas do acordo que tiver feito com o fisco. Em quaisquer dos casos, cumprido integralmente o parcelamento, declarar-se-á extinta a punibilidade do crime.

5 CONCLUSÃO

A redução e a supressão dos tributos se encontra entre os crimes que mais prejudica a ordem pública, justamente por retirar do estado a possibilidade de cumprir o seu papel constitucional de promover o bem comum, estando, pois, a merecer dos órgãos judiciários a necessária reprimenda.

A aplicação da lei penal nos países colonizados pelos impérios ibéricos - Portugal e Espanha - tende a privilegiar os sujeitos pela sua condição econômica. Esta, infelizmente, é a realidade brasileira. Entre nós, os chamados “criminosos de colarinho branco” têm recebido, ao longo do tempo, tratamento diferenciado por parte dos órgãos judiciários e especialmente da parte do legislador.

Talvez seja o caso de lembrar que em países ditos mais adiantados que o nosso (como Inglaterra, Japão, Estados Unidos etc) não há essa “compreensão” com o sonegador. Lá a sociedade sabe quanto pagou de imposto na compra de cada produto ou serviço e exige que aquela parte do que pagou seja imediatamente entregue a quem de direito – ao tesouro de seu Estado. E as autoridades dessas nações são firmes na punição exemplar desse tipo de crime, que lesa a pátria – crime contra o rei, contra o príncipe, contra o povo. Aqui – dizemos nós, “homens cordiais” – “empresa que não sonega não sobrevive”; lá, dizem todos, “as únicas coisas certas na vida são a morte e os impostos”.

Apesar de todos os reveses, a situação vexatória experimentada pelo Brasil dá sinais de mudança, especialmente quando se constata, aqui e ali, a criação de órgãos especializados dentro do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário para o trato exclusivo de questões referentes à ordem tributária.

REFERÊNCIAS

AREND, Márcia Aguiar. **O controle penal da ordem tributária no Brasil**: o uso do Direito Penal para a impunidade da sonegação fiscal. Tese (Doutorado em Direito) - Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/o%20controle%20penal%20da%20ordem.pdf>>.

DICIONÁRIO Jurídico. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2002. (Série Compacta).

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 3. ed. São Paulo: Obra Jurídica, 1997.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Grandra. **Sistema tributário na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Direito penal tributário**: questões relevantes. São Paulo: Malheiros, 1997.

MINISTÉRIO PÚBLICO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REFUTANDO OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho**

“A investigação criminal direta pelo Ministério Público é garantia constitucional da sociedade que tem o direito subjetivo público de exigir do Estado as medidas necessárias para reprimir e combater as condutas lesivas à ordem jurídica”. **Paulo Rangel**

Resumo: Ampla discussão tem suscitado a questão de investigações criminais serem conduzidas diretamente por membros do Ministério Público. Há vários argumentos contra e a favor da possibilidade do chamado “poder investigatório criminal do MP”. O objetivo deste trabalho é elencar e rebater os principais argumentos contrários à investigação criminal por parte do Ministério Público, mostrando que, constitucionalmente, pode e deve, em casos excepcionais, o membro do MP investigar diretamente a ocorrência de infrações criminais.

Palavras-chave: Ministério Público. Investigação criminal. Argumentos contra e a favor. Constituição Federal. Possibilidade.

1 INTRODUÇÃO

A questão sobre a possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente investigações criminais tem suscitado grande debate no meio jurídico brasileiro.

Muitos são os que criticam e não aceitam de forma alguma a função investigatória criminal do Ministério Público. A maioria dos críticos pertence à classe policial – sobretudo Delegados – e à classe dos Advogados. Ex-membros do MP, hoje advogados ou magistrados de Tribunais Superiores,

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Pós-graduando em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela ESMP/MA.

também tecem fortes críticas à investigação criminal conduzida por Promotores de Justiça e Procuradores da República.

Por outro lado, segundo o “*Diagnóstico Ministério Público dos Estados*”, trabalho publicado no ano de 2006 pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, constatou-se que 85,7% dos membros do MP (DF e Estados) são favoráveis à investigação criminal pelo Órgão Ministerial, outros 11,5% dos membros concordam em parte com a função investigatória criminal. Tal número não é diferente no Ministério Público Federal.

Rebater tais críticas é um grande esforço, não só pela qualidade intelectual de quem as faz, mas, também, pela enorme variedade de argumentos – às vezes até contraditórios – que os críticos se utilizam para rejeitar a todo custo a função investigatória do Órgão Ministerial.

No entanto, os argumentos utilizados pelos críticos não resistem a um exame um pouco mais aprofundado da questão. E é isso que nos propomos a demonstrar no presente artigo.

2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEUS EQUÍVOCOS

a) Não há norma expressa permitindo a investigação criminal pelo MP

Argumenta-se que não há na Constituição Federal e nem em nenhuma lei infraconstitucional norma expressa atribuindo ao Órgão Ministerial a função investigatória criminal.

Os defensores desse argumento são enfáticos ao afirmarem que a Constituição Federal somente autorizou que o MP procedesse a investigações exclusivamente civis. E, como não há norma permissiva no campo criminal, necessário se faz a edição de emenda constitucional prevendo a função investigatória criminal para o Órgão.

Tal argumento é falho por dar interpretação literal ao art.129 da CF e tornar taxativas as funções do MP lá elencadas.

O art.129 da CF, em seu inciso IX, contém o que se denomina de “cláusula de abertura”, pois informa que são funções institucionais do MP “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*”.

Sem dúvida que a investigação criminal é compatível com a finalidade do Órgão Ministerial, sobretudo por ser ele o titular da ação penal pública (art.129, I, CF).

Por outro lado, dizer que somente investigações cíveis são permitidas pelo texto constitucional é fazer pouco caso do inciso VI do art.129 da CF. Nesse inciso consta, expressamente, que pode o membro do MP *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los*.

Ora, os “*procedimentos administrativos*” mencionados no texto constitucional são tanto os cíveis quanto os criminais. O constituinte não fez qualquer ressalva quanto à matéria, não sendo lícito ao intérprete reduzir o alcance da norma, ainda mais quando no inciso III do mesmo artigo há expressa menção ao inquérito civil que, como é obvio, trata de procedimento investigatório cível. Não haveria lógica no texto constitucional se em dois incisos do mesmo artigo tratasse igualmente somente de investigações cíveis.

Mazzili (2001, p. 439-440), sobre o tema, leciona:

No inciso VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuições do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a opinião delicti: se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. Certo é, pois, que a própria Constituição lhe confere a promoção de inquérito civil, caso típico de procedimento administrativo de atribuição ministerial (inc. III do mesmo artigo). Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais [...].

Interpretando-se a Constituição de forma sistemática e sob o novo olhar das funções ministeriais pós-88, também outras normas constitucionais fundamentam o “poder investigatório criminal” do MP, mesmo que de forma implícita, tais como: 1) o art. 127, *caput*, que impõe ao MP a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis; 2) o inciso II do art. 129 que conferiu ao MP o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes

Públicos, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; 3) o art. 144, *caput*, que indica a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos e 4) os artigos 1º, 3º e 5º que cuidam dos direitos fundamentais, da dignidade humana e da cidadania, já que a persecução penal rápida e eficiente é exigida por esses bens constitucionais.

Na seara infraconstitucional temos a Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais, que dispõe que cabe ao MP realizar diligências investigatórias nos procedimentos e inquéritos que instaurar, notificando testemunhas – inclusive com condução coercitiva –, requisitar perícias, exames, documentos (art. 8º, I, II, V e VII).

A Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) em seu art.26, incisos I, II, IV e §4º, menciona que pode o MP promover inspeções e diligências investigatórias, expedir notificações com a possibilidade de condução coercitiva.

No âmbito do Estado do Maranhão, previsões semelhantes constam no art.26, §1º, I, e no art. 27, I e II, da Lei Complementar nº 13/91 (Lei Orgânica do MP Maranhense).

Também os artigos 179 e 201, VI e VII, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o art. 74, VI, da Lei nº 10.741/2001 (Estatuto do Idoso) instrumentalizam a atividade investigatória de natureza nitidamente penal do MP.

Ao contrário do que afirmado pela ala contrária à investigação do MP, há vasta previsão normativa para que o Ministério Público realize diligências investigatórias na seara criminal.

A legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional.

b) A Polícia detém, de modo exclusivo, a competência para investigar infrações criminais (ou o MP como “Bobo da Corte”)

Um dos argumentos mais utilizados por aqueles que advogam a tese contrária à investigação criminal pelo MP é a suposta exclusividade da função investigatória criminal da Polícia Judiciária.

Utiliza-se, como fundamento de sua tese, o art. 144, §1º, IV, da Constituição Federal que assevera que a Polícia Federal se destina a “*exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União*”.

Segundo seus defensores, a Constituição estatuiu o monopólio da Polícia para investigar crimes e a pretensão investigatória do MP estaria “usurpando” a função constitucional reservada à Polícia. Por tal argumento o MP pode apenas requisitar diligências investigatórias à Polícia, mas não pode investigar.

Apesar de ser o argumento mais utilizado – principalmente pelos integrantes das polícias – para negar ao MP o poder de investigar, talvez seja um dos mais fáceis de ser refutado.

De plano percebe-se, mais uma vez, a utilização de interpretação equivocada da norma constitucional, no caso o art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal.

Como afirma Moreira (2007, p. 35): “Não se deve interpretar uma norma jurídica isoladamente, mas, ao contrário, deve-se utilizar o método sistemático, segundo o qual cada preceito é parte integrante de um corpo, analisando-se todas as regras em conjunto, a fim de que possamos entender o sentido de cada uma delas”.

O referido inciso IV, § 1º, do art. 144 da CF trata, tão-somente, da Polícia Federal e menciona exclusividade da mesma na função de polícia judiciária.

Note-se que no § 1º, I, do art. 144 da CF, o texto constitucional diz que a polícia federal destina-se a *apurar infrações penais*. E no § 4º, do mesmo artigo 144, ao tratar das atribuições da Polícia Civil, a Constituição assevera que à Polícia Civil incumbe “*as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*”.

Claro está que a Constituição Federal não embutiu a função de apurar infrações penais dentro da função de Polícia Judiciária, tanto que faz distinção entre ambas como resta evidente pela leitura dos dispositivos legais acima. Ou seja, as Polícias Federal e Civil exercem as funções de Polícia Judiciária e também apuram infrações penais.

Ora, se exclusividade existe é tão-somente quanto à função de Polícia Judiciária (cumprimento de mandados de prisão, busca e apreensão etc.) e não quanto a apuração de infrações penais, já que a propalada exclusividade é prevista em inciso diverso daquele que prevê a apuração dos crimes.

E não é só. A exclusividade é somente para a Polícia Federal exercer as funções de Polícia Judiciária da União, excluindo-se as Polícias Civil, Rodoviária Federal e Militar de exercer tal função.

Nesse prisma, a lição de Streck e Feldens (2003, p. 93):

Logicamente, ao referir-se à ‘exclusividade’ da Polícia Federal para exercer as funções de ‘polícia judiciária da União’, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. Daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil ‘apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas’ (art. 144, §1º, I), pois que, no espectro da ‘polícia judiciária’, tal atribuição está reservada à Polícia Federal.

Tanto é verdade que, quando a Constituição trata da Polícia Civil nada menciona sobre a exclusividade de suas funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais (§ 4º, do art. 144 da CF).

Assim, por força do próprio art. 144 da CF, o argumento de monopólio de investigação da Polícia é descabido.

Mas não é só.

Diversas são as hipóteses que infrações penais são apuradas por outros Órgãos que não as Polícias Federal e Civil e tais investigações nunca foram consideradas inconstitucionais, ilegais ou vistas como uma forma de “usurpação” de função da Polícia.

Somente a título exemplificativo, podemos citar as investigações criminais realizadas por: a) comissões parlamentares de inquérito (art. 58, §3º, CF); b) inquéritos policiais militares; c) correições judiciais, onde o magistrado investiga crimes para fins correcionais (MAZZILLI, 2005); d) procedimento fiscal da Receita Federal para apurar delito de sonegação fiscal; e) diligências do Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras – COAF – voltadas à apuração do crime de “lavagem de dinheiro”; f) inquéritos instaurados pelo Presidente do STF (art. 43 do RISTF); g) procedimento apuratório de crimes praticados por magistrados (art. 33,

parágrafo único, da Lei Complementar nº 35/79; g) procedimento apuratório de crimes praticados por membros do Ministério Público (art. 18, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93 e art. 41, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93); h) representações fiscais para fins penais oriundas do INSS; i) procedimentos advindos do IBAMA em matéria de crime ambiental; j) sindicâncias administrativas, por exemplo, realizadas pela CEF e pelo Banco do Brasil, dentre tantas outras.

Então pergunta-se: por que, se outros órgãos podem conduzir procedimentos investigatórios para fins penais (e quantos foram os exemplos mencionados!), não pode o Ministério Público?

Será que o Órgão encarregado de, privativamente, promover a ação penal pública deve ficar na “*infante condição de bobo da corte*”, na expressão do Ministro Carlos Ayres de Brito, do STF (voto proferido no Inq. 1968-2/DF¹), dependente das investigações criminais que a autoridade policial escolhe realizar, como mero expectador, tornando-se repetidor, em juízo, das conclusões da autoridade policial?

Com certeza não foi este o objetivo da Constituição Federal de 1988 que elevou o Ministério Público à condição de órgão de defesa social, em que, nas palavras do Ministro Celso de Mello, do STF, “*tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do povo*”².

Como deixou consignado Bonavides (2003, p. 350): “O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da Sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições”.

Assim como outros órgãos, pode o MP realizar diretamente diligências investigatórias na seara criminal, restando claro, portanto, que não é atribuição exclusiva das Polícias realizarem investigações de cunho penal, fato este já há muito reconhecido pelo vetusto Código de Processo Penal (*Art.4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades*

¹ O julgamento do inquérito 1968-2/DF poderia determinar a posição do plenário do STF acerca da possibilidade do Ministério Público conduzir diretamente investigações criminais, mas o julgamento foi suspenso após cinco ministros terem votado: Joaquim Barbosa, Carlos Ayres e Eros Grau a favor da possibilidade de investigação do MP, e Marco Aurélio e Nelson Jobim contra. No entanto, como o indiciado, o ex-deputado federal maranhense Remy Trinta não foi reeleito (2006), o caso deixa de ser da competência originária do STF.

² Passagem retirada de voto proferido no MS nº 21.239-DF. RTJ 147/161.

policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria. Parágrafo Único A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função).

c) A atribuição para promover a ação penal pública não engloba a investigação criminal já que esta foi atribuída de forma expressa e exclusiva à Polícia

É de fácil percepção que o argumento utilizado neste tópico tem nítida ligação com o anterior. Já mostramos que não há qualquer exclusividade para se conduzir investigações criminais.

No entanto, a corrente doutrinária contrária à investigação direta pelo MP entende que o fato da Constituição Federal atribuir ao MP a função de promover a ação penal pública não lhe abre, de modo automático, a possibilidade de investigar crimes por conta própria, pois são atribuições diversas.

Defendendo tal posicionamento, encontramos a opinião do Procurador da República Juarez Tavares, citado por Rangel (2003, p. 222), para quem: “Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”.

Para refutar tal argumento, recorremos a chamada Teoria dos Poderes Implícitos.

Concebida pelo juiz John Marshall da Suprema Corte Norte-Americana, a Teoria dos Poderes Implícitos pode ser assim sintetizada: *a outorga de uma competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.*

Pinto Ferreira (1990, p. 132) esclarece:

As Constituições não procedem a enumerações exaustivas das faculdades atribuídas aos poderes dos próprios Estados. Elas apenas enunciam os lineamentos gerais das disposições legislativas e dos poderes, pois normalmente cabe a cada órgão da soberania nacional

o direito ao uso dos meios necessários à consecução dos seus fins. São os chamados poderes implícitos.

John Marshall³ deixa ainda mais claro: “Dado o poder, é do interesse da Nação facilitar-lhe o exercício. Nunca se poderia supor que fosse do seu interesse, ou estivesse no seu intuito embaraçar-lhe e tolher-se-lhe o exercício, recusando-lhe para isso os mais adequados meios”.

Nesse diapasão, a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a função de, privativamente, promover a ação penal pública, sendo esta a sua atividade-fim. Por conseqüência, a norma constitucional deferiu, implicitamente, os meios necessários para a promoção da ação penal pública, qual seja, a possibilidade de, diretamente, realizar diligências investigatórias penais.

Pensar diferente, nos leva a indagar com o Ministro Joaquim Barbosa⁴ (STF):

Se houvesse a imperativa inércia do promotor de Justiça criminal e sua impossibilidade de investigar os fatos, porquanto sempre na dependência do trabalho da polícia judiciária, como poderia o Ministério Público cumprir sua função constitucional de ‘zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia’ como prescreve o art.129, II, da Carta Magna? Como poderia defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, previstos no art.127, caput, da mesma Constituição?

De que valeria a gama de atribuições do Ministério Público se houvesse impedimento do Órgão Ministerial ter acesso aos meios de fazer realizar suas atribuições?

Não se pode admitir como razoável a hipótese da Constituição Federal atribuir ao MP a função de promoção da ação penal em juízo, mas

³ Citado pelo Ministro Joaquim Barbosa, do STF, no seu voto no Inq. 1.968-2/DF.

⁴ Trecho do voto no Inq. 1.968-2/DF.

lhe negar acesso aos meios para ajuizar a ação adequadamente. Seria o mesmo que “*dar com uma mão e tirar com a outra*”.

Investigar e promover a ação penal em juízo são atribuições distintas sim, mais umbilicalmente ligadas. As investigações penais são feitas primordialmente para embasar futura ação penal. Eis o objetivo da investigação criminal.

Como bem afirmou Jatahy (2007, p. 103):

Sendo ele [MP] o órgão destinatário das investigações, o órgão responsável pelo objeto-fim de toda investigação – a deflagração da ação penal –, ninguém melhor do que o próprio Ministério Público, por meio do Promotor Natural da questão, para avaliar a verdadeira necessidade, caso a caso, da interferência direta do *Parquet* na investigação penal.

Como já explicitado, a Constituição Federal, ao atribuir ao MP a função de promover a ação penal pública, lhe concedeu, de modo implícito, os meios necessários para a execução de sua atividade-fim.

Assim, o argumento da tese contrária deve ser refutado por dois motivos: 1) não há exclusividade na condução de investigações criminais, como já amplamente demonstrado; 2) a Constituição autorizou ao MP, de modo implícito, realizar, quando entender necessário, investigações criminais por conta própria, pois de modo explícito a Constituição Federal deu ao Ministério Público o direito/dever de promover a ação penal pública em juízo (quem pode o mais, pode o menos).

d) A Constituição atribui ao MP a função de controlar externamente a atividade policial e, portanto, não teria lógica lhe atribuir a função investigatória

Outro argumento utilizado para vedar o poder investigatório do Órgão Ministerial é a afirmação de que o controle externo da atividade policial seria impeditivo do MP realizar investigações criminais de forma direta, pois, como afirmou o advogado Cezar Bittencourt (2007) “não faz sentido controlar uma atividade que também desenvolve”.

Parece-nos totalmente equivocado tal argumento, pois seus defensores esquecem que quando a Constituição fala em “controle externo da atividade policial” não limita qual Polícia irá sofrer tal controle pelo MP. Assim, não apenas as Polícias Civil e Federal (ditas Judiciárias), mas também a Polícia Militar e a Rodoviária podem ser fiscalizadas pelo Órgão Ministerial.

O controle externo direciona-se a aspectos gerais da atividade policial. Assim, tal controle deve abraçar as notícias de delitos recebidas pela polícia, a apuração dos crimes e das infrações de improbidade administrativa praticados por policiais, os casos esquecidos ou não investigados, a fiscalização dos prédios policiais e de carceragem, a cobrança do regular trâmite dos procedimentos investigatórios, o cumprimento das requisições ministeriais, a preservação das liberdades e garantias individuais etc.

Assim, o controle externo da polícia é bem mais amplo do que simplesmente “controlar” as investigações criminais conduzidas pela autoridade policial.

O Ministério Público, por dever constitucional, tem que fiscalizar as atividades policiais, mas seu dever não pode ser um impeditivo do seu direito de, diretamente, investigar infrações criminais.

Por tal fato, de todo inconsistente o argumento utilizado pela tese restritiva a investigação penal do MP.

Para finalizar, transcrevemos a lição de Rangel (2003, p. 190):

Destarte, o Ministério Público, se exerce o controle externo da atividade policial-fim, que é a investigação criminal, com o escopo de se apurar a prática de infração penal, claro nos parece, mais uma vez, que pode (e se for necessário for, deve) realizar diretamente quaisquer diligências investigatórias a fim de formar sua *opinio delicti*. A própria Lei Orgânica do Ministério Público da União, ao dispor que o Ministério pode ‘ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial’ (art. 9º, II, da LC 75/93) deixa consignado que tal acesso pode ser feito, pessoal e diretamente, pelo *Parquet*.

e) A questão da parcialidade/imparcialidade do Ministério Público ao investigar crimes

Tantos são os esforços para, contra a Constituição, impedir a investigação criminal pelo MP que os argumentos contrários acabam sendo contraditórios.

Neste aspecto, uma parte da doutrina afirma ser o Ministério Público, no processo penal, parte imparcial. De outro lado, outros que também são contra a investigação direta afirmam que o Ministério Público é parte no processo criminal, logo é parcial e, por isso, não poderia colher diretamente provas em matéria penal.

Ou seja, para tentar impedir a investigação direta vale dizer: não pode investigar porque é imparcial ou não pode investigar porque é parcial.

Separemos os dois argumentos.

1) MP imparcial: para a corrente que adota esta tese, o Órgão Ministerial não pode investigar porque isso comprometeria sua imparcialidade quando fosse propor a ação penal e quando fosse atuar em juízo.

2) MP parcial: segundo este argumento, o MP é parte no processo, sendo parcial, logo, não poderia investigar, pois sua parcialidade influenciaria negativamente as investigações, onde o MP somente colheria provas para realizar a acusação, deixando de lado os elementos que, eventualmente, pudessem favorecer a defesa.

Ambos os argumentos são equivocados.

Inicialmente cumpre lembrar a conhecida lição de Calamandrei (2000, p. 58):

Em todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, deveria ser tão parcial como advogado, e como guarda inflexível da lei deveria ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor a polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.

Entendemos que o Ministério Público é, acima de tudo, fiscal da lei. E como tal, o Órgão Ministerial tem que agir com imparcialidade.

Mesmo em sua atuação na área penal, onde o MP promove a ação penal pública, sendo, portanto, parte autora no processo penal, o MP deve ser, antes de tudo, um fiscal da lei.

Tanto isso é verdade que o Ministério Público pode pedir absolvição do acusado quando verificar, no curso do processo criminal, a inocência do mesmo ou quando não houver provas de sua culpabilidade.

O fato do MP ser parte na ação penal não significa que perde a sua condição de fiscal da lei, transformando-se em parte parcial, sem atentar para suas precípuas missões constitucionais previstas no art.127 da CF.

A dita parcialidade do MP é apenas uma parcialidade instrumental, ou seja, tem a capacidade de ser parte (autora) na ação penal. O que não lhe retira a imparcialidade necessária para fiscalizar a correta aplicação da lei, agindo, se necessário for, a favor do réu.

Assim, pergunta-se: que parcialidade é essa que o autor (MP) tem se, em diversas ocasiões, atua em favor do acusado?

Há muito o MP deixou de ser um acusador implacável, nato, incessível, que buscava a condenação a todo custo.

As funções ministeriais devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal. A imparcialidade ministerial tem que ser analisada à luz do devido processo legal e em conformidade com a estrutura acusatória do processo penal.

O STJ sumulou entendimento de que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. (Súmula nº 234).

Entendemos que o STJ reconheceu que o Ministério Público, mesmo no processo penal é, sobretudo, órgão fiscal da lei e, por isso, problema nenhum há no membro ministerial que acompanhou as investigações promover a ação penal.

Por outro lado, afirmar que por ser parte e, conseqüentemente, parcial (visão que entendemos equivocada) o MP iria deturpar as investigações para poder acusar com mais provas, ignorando

propositadamente provas defensivas, é mostrar total desconhecimento das funções ministeriais.

E mais. Parecem esquecer que a Polícia Judiciária (e a Militar) está tão ou mais sujeita a agir com parcialidade em suas investigações do que qualquer outro órgão que, eventualmente, venha a realizar investigações criminais.

Basta imaginar que, por vezes, Delegados, após troca de tiros com suspeitos, onde pode ter ocorrido até morte de policiais, tem o dever legal de, em sendo um dos suspeitos preso durante o confronto, lavrar o auto de prisão em flagrante e, posteriormente, instruir todo o inquérito que apura a morte de um companheiro seu de Polícia. Será que não haveria maior possibilidade de parcialidade nesta hipotética investigação? E note-se que a autoridade policial (e seus agentes) está sujeita a isso no dia-a-dia.

Se isso não bastasse, mencione-se o fato de policiais não terem as garantias da inamovibilidade e da independência funcional, estando os policiais sujeitos a transferências arbitrárias, de cunho político etc., o que certamente afeta a imparcialidade das investigações.

A preocupação com a possibilidade da condução tendenciosa de investigações criminais é valiosa, mas não pode ser direcionada somente ao Ministério Público.

Nada indica que a Polícia conduza suas investigações com maior imparcialidade do que membros do MP.

f) Historicamente, a legislação brasileira sempre atribuiu a função investigatória à Polícia

Baseados em um voto do então Ministro Nelson Jobim, do STF, proferido no julgamento do RHC nº 81326/DF na 2ª Turma do STF, a doutrina contrária ao poder investigatório do MP afirma que, no Brasil, a atividade investigatória sempre foi tarefa da Polícia e que projetos de leis e emendas constitucionais que visavam conceder tais funções ao Ministério Público nunca chegaram a ser aprovados pelo Congresso Nacional.

Assim, como historicamente a Polícia sempre foi responsável por investigar crimes, não poderia agora o Ministério Público chamar para si a função investigatória.

No voto mencionado, o Ministro Nelson Jobim fez uma análise histórica, desde de 1936 até os dias atuais, de projetos de leis que não foram aprovados que previam a instituição do juizado de instrução (que em nada se relaciona com o tema sob análise), além de citar decisão de Nelson Hungria, quando Ministro do STF, inadmitindo investigação por órgão diferente da polícia.

Veja-se que tal voto não fez uma interpretação a partir da Constituição Federal de 1988, mas sim de normas anteriores a 1988 e a meros projetos de lei não foram aprovados pelo Congresso. Só isso foi usado para negar ao MP a possibilidade de investigar um crime supostamente praticado por um delegado de polícia. Nada de Constituição Federal, apenas projetos de lei e decisão do STF datada de 1957!

É esta fundamentação histórica que atualmente serve de base para a sustentação contrária à função investigativa do MP.

O referido argumento e, por lógica, a decisão da 2ª Turma do STF, deve ser refutada sob a simples constatação de que se deve interpretar a Constituição Federal em seu momento atual, dando efetividade a suas normas, interpretando-se leis anteriores de acordo com a Constituição Federal e não ao contrário.

As normas infraconstitucionais que tratam do Ministério Público devem ser interpretadas de acordo com a *nova roupagem constitucional* deferida ao Órgão pela Constituição de 1988.

A *força normativa* da Constituição depende da atualidade de suas normas para gerar a identidade dos diferentes grupos sociais que nela apostam suas esperanças, sob pena de transformar a Constituição Federal em uma simples *folha de papel*.

Inconcebível que o intérprete (esquecendo-se da Constituição atual) se utilize de posicionamentos doutrinários, leis e julgados anteriores à Constituição Federal de 1988 para concluir que não pode o MP investigar diretamente infrações penais.

Tal método interpretativo (historicista) mostra-se antiético com o que se entende modernamente por hermenêutica, não podendo prevalecer frente a normas constitucionais e infraconstitucionais pós-1988.

g) Não pode o Ministério Público presidir inquérito policial, logo não pode investigar diretamente a ocorrência de infrações criminais

Também com base no referido julgamento da 2ª Turma do STF doutrinadores têm afirmado que não pode o membro do Ministério Público presidir inquérito policial, função que compete à Polícia Judiciária, e, portanto, não pode realizar diretamente diligências investigatórias criminais.

Afirmam que não é possível o *promotor-investigador*, pois não é legítima a pretensão do MP que quer “tomar o lugar” da autoridade policial na presidência do inquérito policial.

Tais doutrinadores têm toda razão: não pode o membro do MP *presidir inquéritos policiais*. E isso é claro, quero crer, para todos os membros do Ministério Público (Estadual e Federal).

Inquérito policial, como o próprio nome diz, é procedimento *policial*, instaurado e presidido por autoridade *policial*!

Membros do MP não são da *polícia*, logo, não podem instaurar e presidir inquéritos *policiais*!

Mas, será que somente o inquérito *policial* é procedimento administrativo capaz de indicar a autoria e a materialidade de um crime? Será que só por meio de inquérito *policial* pode-se proceder investigações criminais? É claro que não!

Aqueles que são contrários à possibilidade investigatória do MP e que insistem em dizer que não pode um Promotor de Justiça ou um Procurador da República presidir inquérito policial (o que concordamos) e por isso não podem investigar (aqui a discordância) esquecem que existem outros meios de se realizar investigações criminais diversos do inquérito policial.

A Constituição Federal, as Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Estados – já amplamente citadas neste trabalho –, dentre outras, permitem ao membro do MP instaurar *procedimentos administrativos* para realizar *investigações*.

Ora, como é cristalino, *procedimento administrativo* instaurado no MP não é *inquérito policial*!

O Ministério Público realiza investigações criminais através da instauração de *procedimentos administrativos*.

A autoridade policial realiza investigações criminais através da instauração de *inquérito policial*.

Procedimento administrativo e inquérito policial são meios de se realizar investigações criminais. Têm a mesma finalidade: investigar, mas são diferentes, pois possuem titulares diferentes. Só isso.

Esclareça-se: o MP não quer *presidir inquérito policial*, primeiro porque não pode (atribuição da polícia) e segundo porque não precisa já que tem a seu dispor os *procedimentos administrativos* para poder proceder investigações criminais.

Por outro lado, esquecem, também, que o inquérito policial é peça dispensável. E quando o MP dispensa o inquérito policial? Quando tem em seu poder *outros* elementos que indiquem a autoria e a materialidade de um crime. Ora, se possui *outros elementos* para denunciar é porque a investigação chegou até o membro do MP por meio diverso do inquérito policial.

Mais um argumento que não resiste a mais simples das interpretações: a literal.

h) No Brasil não há juizado de instrução, por isso não pode o MP investigar, bem como não pode o órgão que vai acusar, investigar

Mais uma vez a doutrina se apegava ao polêmico voto do ex-Ministro Nelson Jobim para afirmar que, como no Brasil não há juizado de instrução não pode o Ministério Público investigar e que seria uma temeridade o órgão que acusa também investigar.

Os argumentos baseados na decisão da 2ª Turma do STF no RHC nº 81326/DF demonstram extrema confusão sobre a matéria aqui debatida.

Ao dizer que no Brasil não há juizado de instrução, deixam a entender que se houvesse, aí sim, poderia o MP investigar. Confundem tudo!

No juizado de instrução, a investigação é conduzida por um Juiz, não por um Promotor ou Procurador!

A questão de não existir juizado de instrução no Brasil em absoluto tem a ver com a questão da possibilidade do MP investigar diretamente infrações penais.

Por outro lado, não há qualquer impedimento em se acumular a função investigatória com a acusatória (a questão da imparcialidade ou

parcialidade já foi enfrentada). Não há nenhuma incompatibilidade em que o futuro acusador investigue os fatos para poder preparar a acusação.

O que não se pode é acumular a função investigatória ou acusatória com a função jurisdicional, por total incompatibilidade lógica em que uma única pessoa seja, a um só tempo, acusador e julgador.

i) O Ministério Público não sabe, não tem experiência e nem preparo para investigar

A tese contrária à investigação afirma que o MP não possui experiência para realizar investigação criminal e que seus membros não sabem conduzir um procedimento investigatório, por isso o devido processo legal restaria violado pela conduta dos membros do MP.

O argumento de falta de preparo de Promotores de Justiça e Procuradores da República para investigar crimes foi sustentada pelo advogado Sérgio Alberto Frazão do Couto, por ocasião do discurso de sua posse como integrante do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 18/12/2006, conforme divulgou a Revista Eletrônica Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), na mesma data.

Desde 1985, com a edição da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Ministério Público tem um instrumento investigatório a seu dispor: o inquérito civil.

Em 1988, a Constituição Federal previu os procedimentos administrativos para a realização de investigações – também citando o inquérito civil.

A Lei nº 8.069/90, no art. 201, previu as sindicâncias como um dos meios investigatórios do MP.

Com tantos meios para se proceder investigações, já passados tantos anos dessas normas (sem falar das Leis Orgânicas dos MP's, do Estatuto do Idoso etc.), será que pode-se afirmar que os membros do MP não sabem investigar? Será que em todos esses anos, não foram abertos centenas e mais centenas de *procedimentos*, *inquéritos*, *sindicâncias* pelo MP? Será que tais *procedimentos* são todos mau feitos?

Será que as investigações do MPF que resultaram em prisão de grandes quadrilhas pelo Brasil afora indicam que não sabe o MP investigar? Será que as investigações dos Ministérios Públicos Estaduais que resultam em diversas prisões, como o desmantelamento do Esquadrão da Morte, demonstram claramente que o Ministério Público não tem experiência para conduzir uma investigação criminal? Será que as investigações feitas pelo GECOC/MA⁵, sob o comando dos colegas Promotores Geraulides Mendonça Castro e Emmanuel José Peres N. G. Soares, que resultaram no esclarecimento dos “crimes dos meninos emasculados” e na prisão de seu autor Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, demonstram a falta de preparo do Órgão Ministerial para investigar?

O argumento levantado é totalmente fora de propósito e não tem amparo na realidade fática.

j) O Ministério Público quer escolher o que vai investigar

Em quase toda a totalidade, Delegados de Polícia (Civis ou Federais) argumentam, com certa dose de indignação, que o Ministério Público quer selecionar os casos que irá investigar.

Afirmam que o MP só quer investigar crimes “midiáticos”, que não são perigosos etc. e que os crimes “pequenos” não interessam ao MP.

Tal argumento chega a ser cômico. A Polícia não admite a investigação do MP, mas caso possa o MP investigar, então, deve ele, segundo a Polícia, investigar todos os crimes, assumindo todos os inquéritos instaurados pela Polícia, enquanto esta nada faz!

Novamente aqui, a maioria da classe policial não consegue entender que o Ministério Público não quer substituir a Polícia. Não! Esta não é, nunca foi e nunca será a intenção.

Seus defensores parecem fechar os olhos para o que é claro: há crimes que são mal investigados pela Polícia, outros, sequer são investigados.

Crimes que envolvem policiais, por exemplo, a maioria fica impune por falta de isenção durante as investigações da Polícia. Alguns, arriscaria

⁵ Grupo Especial de Combate às Organizações Criminosas do Ministério Público do Maranhão.

dizer a maioria, sequer são registrados nas Delegacias, não havendo instauração de inquéritos ou TCO's.

Também crimes que têm envolvimento de políticos muitas vezes ficam impunes ou são investigados apenas superficialmente pela Polícia.

Veja-se o exemplo das operações da Polícia Federal (Hurricane, Anaconda etc.), são agentes e Delegados de Polícia Federal de outros Estados que se deslocam até um Estado para efetuarem as prisões ou buscas e apreensões, sem que, não raro, os policiais do Estado em que irá ocorrer a operação saibam do objetivo da mesma, e há casos de policiais que sequer sabiam da operação em seu Estado. Por que? Para dar independência àqueles que vão efetuar as diligências, bem como para evitar o vazamento de informações.

Nas operações da própria Polícia Civil dos Estados, muitas vezes são policiais de outros municípios que fazem prisões ou buscas e apreensões quando o crime envolve políticos ou policiais e, não raro, sem o conhecimento dos policiais locais.

É fato que, sobretudo em cidades do interior do Estado, não raramente, Delegados são removidos ao bel-prazer da Secretaria de Segurança quando começam a investigar a fundo o envolvimento de políticos da região em diversos crimes.

Os Delegados de Polícia, infelizmente, não possuem a garantia da inamovibilidade que membros do MP possuem e por isso ficam sujeitos a remoções arbitrárias, por critérios políticos etc.

A falta de inamovibilidade das autoridades policiais faz com que os mesmos, não raramente, também tenham sua independência funcional restringida, já que, caso não atendam uma “recomendação” sobre determinada investigação, podem ser removidos imediatamente de sua delegacia e relotados em cidades distantes e sem qualquer estrutura para a realização da função policial.

O que se defende neste trabalho – e isso é defendido pela doutrina que apóia a tese da investigação – é que o Ministério Público tem o direito/dever constitucional de investigar diretamente crimes nas hipóteses em que a Polícia não tenha condições (por motivos, por exemplo, de política) ou não demonstre interesse na apuração de fatos que envolvam policiais ou autoridades que a controlam.

A investigação feita pelo MP em matéria criminal, portanto, é de caráter excepcional, e não rotineira.

Em casos em que a Polícia não investiga com independência ou empenho suficiente, deve o Ministério Público investigar.

Por fim, menciona-se a posição oficial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), apresentada em 18/02/2004, favorável à investigação criminal pelo Ministério Público em situações excepcionais, dentre outras, as que envolvam casos:

de grave violação dos direitos humanos; pendentes de apreciação junto às instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos; nos quais haja falta de iniciativa de investigação policial ou falha na sua condução; ocorridos em localidades nas quais não haja órgão policial estabelecido.

1) Quem vai controlar o Ministério Público investigador?

Vozes levantam-se para afirmar que se o MP investigar não haverá controle sobre seus atos.

Afirmam que o MP controla externamente a Polícia. Mas, em investigando, quem controlará o membro do Ministério Público?

Para refutar tal argumento, podemos apenas citar os Órgãos que podem exercer o controle sobre a atividade investigatória do MP:

- Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP);
- as Corregedorias Gerais do MP;
- os Procuradores-Gerais de Justiça;
- o Poder Judiciário.

Abusos decorrentes de membros do MP quando da investigação de crimes (com certeza menores do que os abusos policiais) devem ser exemplarmente punidos e isso pode dar-se através de um dos órgãos acima mencionados.

Se durante a condução de um procedimento investigatório criminal o Promotor ou Procurador abusar de sua autoridade, violar alguma garantia constitucional, pode e deve o ofendido pedir tutela ao Poder Judiciário e representar ao CNMP e a PGJ.

Há sim controle do MP. E prova disso é que o CNMP expediu resolução disciplinando a instauração e o trâmite de procedimentos administrativos criminais. Antes do CNMP, os Ministérios Públicos Estaduais e o Federal já expediam resoluções com o mesmo objetivo⁶.

A investigação pelo MP, longe de infringir qualquer norma legal, é garantia do cidadão. As investigações ministeriais respeitam as garantias constitucionais e seguem um trâmite disciplinado por ato normativo próprio (resoluções).

3 POSICIONAMENTO DO STJ E DO STF SOBRE A MATÉRIA

Já se encaminhando para o final deste pequeno ensaio doutrinário, necessário fazer uma breve referência à jurisprudência dos Tribunais Superiores do País quanto a matéria ora estudada.

O Superior Tribunal de Justiça tem ampla jurisprudência aceitando a investigação criminal direta por parte do Ministério Público (p. ex.: ROHC 10974/SP; RMS 12357/RJ; HC 18060/PR; AgRgHC 36607/SC; HC 41615/MG; Resp. 494320/RJ; ROHC 3586/PA; ROHC 892/SP; ROHC 4074-2; ROHC 6662; ROHC 7063; HC 7445; HC 9023).

O Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, no RHC nº 81326/DF (já citado) decidiu que o Ministério Público não pode investigar de forma direta infrações criminais.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello, do STF, já se pronunciou favoravelmente ao “poder investigatório do MP”, nos autos da Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 89.837-8/DF.

Antes, em 1997, a 1ª Turma do STF, no HC nº 75.769-3/MG, que teve como relator o então Ministro Octávio Galloti, havia se pronunciado de forma favorável à tese da função investigatória criminal do Ministério Público.

Já no Pleno do STF ainda está pendente de julgamento o inquérito 1968-2/DF, onde se discute acerca da possibilidade do Ministério Público conduzir diretamente investigações criminais. No referido inquérito, cinco ministros já votaram: Joaquim Barbosa, Carlos Ayres e Eros Grau a favor da possibilidade de investigação do MP, e Marco Aurélio e Nelson Jobim

⁶ Resolução nº 13/2006 do CNMP; Resolução nº 09/2004 do CPMP/MA; Resolução nº 77/2004 do CSMPF etc.

contra. O Ministro Cezar Peluzo está com vista dos autos desde 2004. No entanto, acreditamos que o Supremo Tribunal Federal não mais julgará o mérito do caso, pois o indiciado, o ex-deputado federal maranhense Remy Trinta, não foi reeleito (2006), logo o caso deixa de ser da competência originária do STF.

Ainda assim, o plenário do STF (que nunca julgou tal matéria) ainda terá pelo menos mais quatro oportunidades de se pronunciar acerca da possibilidade do Ministério Público investigar. Vejamos.

Iniciou-se no STF, em 11/06/2007, o julgamento do HC nº 84548/SP, onde o paciente – denunciado por envolvimento na morte do Prefeito de Santo André/SP – levanta a inconstitucionalidade das investigações criminais presididas pelo Ministério Público paulista e pede o trancamento da ação penal. O relator, Ministro Marco Aurélio, votou concedendo a ordem e decidindo pelo trancamento da ação penal, mantendo sua posição contrária a investigação pelo Ministério Público, posição esta anteriormente declarada no RHC nº 81326/DF e no Inquérito nº 1968-2/DF.

No referido julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence, antecipando seu voto, rejeitou a argüição abstrata de inconstitucionalidade de qualquer ato investigatório do Ministério Público e reconheceu-lhe, como titular da ação penal, o poder de suplementar atos de informação. Concluiu que, se com base em qualquer elemento de informação, não reduzido a um procedimento administrativo ou estritamente policial, é cabível a denúncia, o fato de este ou aquele elemento de informação ter sido colhido pelo Ministério Público não implica a inviabilidade da ação penal que nele se funde. O julgamento foi suspenso após o pedido de vista do Min. Cezar Peluso (ver. Informativo nº 471 do STF, disponível no endereço eletrônico www.stf.gov.br).

Ainda em tramitação na Suprema Corte há a ADI nº 3.309-3, proposta pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia, pleiteando pela declaração pelo STF da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal), que dá poder investigatório para o Ministério Público⁷. Com o mesmo objeto, tramita a ADI nº 2.943, proposta pelo Partido Liberal.

⁷ A Advocacia Geral da União emitiu parecer no sentido de que a Constituição Federal não proíbe o Ministério Público de investigar.

Também em tramitação a ADI nº 3.836, relator Ministro Ricardo Lewandowski, proposta pelo Conselho Federal da OAB contra a Resolução nº 13/2006 do CNMP que disciplina a instauração e o trâmite de procedimentos administrativos criminais no âmbito do Ministério Público Brasileiro.

Como se vê, o STF ainda não tem posição firmada sobre o assunto, não podendo o julgamento da 2ª Turma no RHC nº 81326/DF ser utilizado como última palavra do STF, até mesmo pelo fato de no inquérito nº 1968-2/DF a tese favorável à investigação criminal direta pelo MP está sendo a vencedora por três votos a dois, como acima mencionado.

4 CONCLUSÃO

No presente ensaio pretendeu-se reunir os principais argumentos utilizados para tentar impedir a função investigatória criminal do Ministério Público e, um a um, rebatê-los.

Ao contra-argumentar a tese de impossibilidade do Ministério Público investigar crimes, tentou-se demonstrar que o Órgão Ministerial não tem a menor pretensão de “tomar o lugar” da autoridade policial nas investigações criminais, muito menos presidir inquérito policial.

O MP não tem a intenção de se tornar um “Ministério Público-policial” ou tornar seus membros “promotiras” ou “promotores/procuradores-investigadores”. Não.

No entanto, sendo o Ministério Público alçado pela Constituição Federal de 1988 ao exercício de uma “*magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania*”, nas sábias palavras do Ministro Sepúlveda Pertence⁸, do STF, tem o Órgão Ministerial o poder/dever constitucional de investigar infrações criminais sempre que os órgãos oficiais de investigação relutem em cumprir seu papel, sempre que superiores hierárquicos à autoridades policiais estejam envolvidos em delitos, sempre que os direitos humanos tenham sido violados por aqueles que tinham a obrigação legal de respeitá-los, sempre que autoridades da República tenham se envolvido em práticas criminosas.

⁸ Trecho do voto no MS 21.239/DF.

A conclusão que se chega, portanto, é que é constitucionalmente possível o Ministério Público investigar diretamente infrações criminais. E tais investigações devem ocorrer, através de seus próprios procedimentos administrativos criminais, somente em casos excepcionais (tortura, abuso de autoridade, corrupção praticada por policiais, por políticos, crimes praticados por autoridades da República, crimes contra os direitos humanos), e, sempre que possível, deve o MP acompanhar as investigações conduzidas pela autoridade policial, inclusive participando de diligências e mantendo um relacionamento de cooperação com a Polícia Judiciária.

Se os membros do Ministério Público exorbitarem em suas atribuições, abusando dos poderes investigatórios, praticando qualquer ilegalidade, deverão ser responsabilizados como qualquer servidor público seria ao conduzir-se ilegalmente na função pública.

Tentar impedir a investigação criminal direta pelo Ministério Público é atuar contra a sociedade e contra o Estado Democrático de Direito, indo em direção contrária a dimensão que a Constituição Federal de 1988 deu ao Ministério Público Brasileiro⁹.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al (Coord.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BITTENCOURT, Cezar. O Ministério Público pode fazer investigações criminais? **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, n. 10, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasília: 2006. Consultores: Maria Tereza Sadek e Fernão Dias de Lima.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁹ Está na Comissão de Constituição e Justiça do Senado o Projeto de Lei nº 119/2007, de autoria do Senador Pedro Simon, que, alterando artigos do Código de Processo Penal, dá poderes investigatórios ao Ministério Público.

CLÈVE, Clemerson Merlin. Investigação criminal e Ministério Público. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760. Acesso em: 16. ago. 2004.

CONAMPEM REVISTA, n. 2, out. 2003.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Quem tem medo do Ministério Público? Disponível na internet: <<http://www.ibccrim.org.br>>.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 2.

JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito**: perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. As investigações do Ministério Público para fins penais. **Revista APMP em Reflexão**, ano 1, n. 4, São Paulo, 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito processual penal**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et. al. (Coord.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RANGEL, Paulo. **Investigação direta pelo Ministério Público**: visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimação da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL ADOLESCENTE INFRATOR PORTADOR DE SOFRIMENTO PSÍQUICO

*Abrahão Jefferson Batista Silva**

Resumo: Visa observar a nova ordem jurídica introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente, no que tange ao princípio da proteção integral e sua relação com os adolescentes infratores com distúrbios psíquicos. Outro aspecto foi a questão relativa à responsabilidade do adolescente infrator, confrontando-se com o mito da impunidade, sendo que atualmente não há porque negar a existência de um Direito Penal Juvenil. Assim, detecta-se no decorrer deste trabalho um problema quando da aplicação de alguma medida ao adolescente infrator portador de distúrbios mentais, haja vista que o princípio da proteção não consegue solucioná-lo, tratando de maneira desigual os desiguais, pois os agentes criminosos adultos que sofrem de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto possuem um tratamento especial em relação aos adolescentes infratores portadores de distúrbios psíquicos, não respeitando, desta forma, a condição de pessoa em desenvolvimento psicossocial.

Palavras-chave: Princípio da proteção integral. Adolescente infrator. Distúrbios psíquicos.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente cabe mencionar que este trabalho surge a partir de indagações sobre o princípio da proteção integral, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Carta da República de 1988, em especial, no que tange às questões atinentes a adolescentes infratores que sofrem de distúrbios

*Analista Ministerial - Área Processual do Ministério Público do Maranhão (Pólo Chapadinha). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, exerceu as funções de Assistente Judiciário junto à Defensoria Pública do Estado do Maranhão nas Comarcas de Ribamar e São Luís e de Assessor de Juiz de 4ª Entrância junto à 4ª Vara da Família da Comarca de São Luís. Militou como Advogado, especializando em Interesses de Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela UNAMA em parceria com o Instituto LFG.

psíquicos, os quais são tratados de maneira desigual em relação aos adultos que possuem problemas mentais.

Verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um marco histórico na legislação que trata das pessoas, crianças e adolescentes, que estão em uma condição especial de desenvolvimento biopsicossocial, originando um microsistema com princípios, deveres e direitos. O referido diploma legal trata de forma especial estas pessoas; inclusive, dá uma classificação especial para as “infrações penais” cometidas pelos adolescentes, qual seja ato infracional.

Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente é silente a respeito do tratamento a ser dispensado aos adolescentes infratores com problemas psíquicos, bem como não há referência a programas a serem destinados a estes adolescentes.

Observa-se que até mesmo o próprio Código Penal faz a diferença entre os imputáveis dos inimputáveis, assim como elenca a maneira como devem ser tratadas aquelas pessoas portadoras de deficiência mental, ou seja, a lei estabelece os mecanismos de como deverá ser realizado o tratamento: se em hospital psiquiátrico ou em ambulatório. Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente é silente, não fazendo qualquer distinção, colocando em um mesmo sistema adolescentes infratores que sabem bem o conteúdo reprovável de sua atitude e adolescentes que não entendem o caráter ilícito do ato.

O problema ora em questão, adolescentes infratores com distúrbios mentais, é cada vez mais crescente na sociedade moderna, em virtude de inúmeras razões, dentre as quais se pode destacar a falta de acompanhamento da família na criação e educação dos seus filhos, crianças e adolescentes que ficam sob cuidados de terceiros, dentre outros motivos, bem como adolescentes entregues à pressão cada vez mais constante no dia a dia de uma pessoa.

Porém, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei de vanguarda em relação a estas pessoas que estão em condição peculiar de desenvolvimento biopsicossocial, não trouxe nenhum dispositivo mais contundente em relação ao tema, restringindo-se apenas ao art. 112, § 3º do indigitado diploma legal. Vale ainda destacar que os Tribunais do País são, ainda, bem retrógrados em relação a tais casos e dificilmente enfrentam a matéria como ela deveria ser enfrentada, ou seja, para que o Estatuto atinja

seus princípios basilares, é necessário o enfrentamento da indigitada questão, pois caso contrário, estar-se-ia ferindo os princípios fundamentais daqueles adolescentes.

Ademais, convém mencionar que o presente trabalho abordará: o princípio da proteção integral, quais seus avanços em relação ao princípio da situação irregular do menor, os seus aspectos constitucionais; o Direito Penal Juvenil, a polêmica de sua existência e seus pontos primordiais, sendo este subdividido, para que se possa fazer uma apresentação especial em relação à dualidade existente entre a responsabilidade e a inimputabilidade; a questão central do trabalho: Adolescente infrator portador de doença ou deficiência mental.

Assim sendo, o presente trabalho oferece uma abordagem do tema através do posicionamento de diversos doutrinadores. Nota-se que a proposta do referido trabalho é justamente de não ser uma obra conclusiva, mas sim reflexiva.

2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O princípio da proteção integral foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o qual estabelece que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, não sendo mais considerados, assim, objetos do processo, como defendia a doutrina da Situação Irregular do Menor, isto é, “com essa lei civilizadora, as crianças e jovens passam a ser sujeitos de direitos e deixam de ser objetos de medidas judiciais e procedimentos policiais”. (LIBERATI, 2004, p. 20).

Observa-se que a nova Doutrina – Proteção Integral – em relação à criança e ao adolescente estabelece que estas pessoas em especial condição de desenvolvimento possuem direitos públicos subjetivos a serem oferecidos pelo Estado, pela Sociedade e pela Família, ou seja, a responsabilidade de criação, educação, desenvolvimento destas pessoas é solidária, pertencente a todo e qualquer ramo da sociedade.

É imperioso comentar que os direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão são intrínsecos às crianças e aos adolescentes, além de outros especialmente previstos para estas pessoas, pois o princípio da proteção integral erigiu tais pessoas à condição de sujeitos de direitos. Urge ressaltar, desta forma, que somente serão alcançados os princípios

norteadores do Direito da Infância e da Juventude quando os direitos humanos das crianças e dos adolescentes, que são pessoas presumidamente hipossuficientes, forem respeitados pelos adultos, bem como postos plenamente em prática, assegurando, assim, o desenvolvimento biopsicossocial.

Ratificando o entendimento acima apresentado o professor Queiroz (2005, p. 43) leciona que:

De fato, os arts. 227 a 229 contêm normas determinantes de providências voltadas para a prioridade absoluta ou proteção integral, que compreendem a salvaguarda dos direitos fundamentais básicos, que são a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária. A doutrina da proteção integral compreende ainda a tomada de medidas que mantenham crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão. O art. 227 da Constituição Federal foi prodigioso na promessa feita a crianças e adolescentes, reconhecendo-lhes mais direitos que aos adultos, porquanto o catálogo compreende, expressamente, no rol da proteção integral, o direito à profissionalização e ao respeito, que não são reconhecidos quanto aos adultos em geral.

Ademais, cabe mencionar que a doutrina da Proteção Integral veio para sepultar a Doutrina da Situação Irregular, uma vez que esta tratava de maneira desigual crianças e adolescentes, pois as leis não eram aplicadas para toda a infância e adolescência, havendo discriminação entre crianças bem nascidas e aquelas em situação irregular, sendo estereotipadas estas últimas como menores abandonados ou delinquentes. Torna-se importante ressaltar que estas pessoas não eram sujeitos de direitos, mas tão somente objetos de ação, não lhe sendo asseguradas as garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão adulto, mesmo porque estes menores abandonados não eram vistos como cidadãos, na acepção sociológica da palavra.

O Princípio da Proteção Integral quando da sua instauração rompe com os paradigmas, com preceitos, tratando todas as crianças e adolescentes, independentemente de serem bem nascidas ou não, com respeito, urbanidade, a fim de garantir o pleno desenvolvimento biopsicossocial, inclusive em relação aos atos infracionais. A medida sócio-educativa da internação é vista com caráter excepcional, diferentemente do que ocorria quando da existência da Doutrina da Situação Irregular, na qual quase em sua totalidade a privação da liberdade era a medida mais adotada.

O professor Saraiva (2006a, p. 18) comenta:

Pelo novo ideário norteador do sistema, todos aqueles com menos de 18 anos, independentemente de sua condição social, econômica ou familiar, são crianças (até doze anos incompletos) ou adolescentes (até dezoito anos incompletos), nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e passam a ostentar condição de sujeitos de direitos, trazendo no bojo desta conceituação a superação do paradigma da incapacidade para serem reconhecidos como sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento (art. 6º do estatuto da Criança e do Adolescente).

Continua o professor supramencionado (2006a, p. 18):

Ao romper com esta lógica, cumprindo a Doutrina da Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente passa a conceber uma única infância, integrada. Reconhece uma só condição de criança e de adolescente enquanto destinatários de norma, titular de direitos e de certas obrigações, sujeitos de direitos, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, estabelecendo uma nova referência paradigmática.

Faz-se necessário comentar que a mudança de paradigma está alicerçada em vários princípios que compõem o princípio maior da proteção integral, podendo-se destacar alguns:

a) da indisponibilidade e da imprescritibilidade dos direitos das crianças e dos adolescentes: nenhum direito relativo a estas pessoas em condição peculiar de desenvolvimento biopsicossocial pode ser renegado,

esquecido, renunciado, tampouco transacionado, pois são direitos personalíssimos;

b) da universalização: este princípio estabelece que serão sujeitos do Estatuto da Criança e do Adolescente toda e qualquer criança e adolescente, sem verificar a origem social, se bem nascidas ou não, todas terão seus direitos e deveres estatuídos pelo diploma acima mencionado;

c) da prevenção geral: é aquele princípio que determina que todos têm o dever de assegurar e respeitar todos os direitos da criança e do adolescente, especialmente o Estado, a fim de que não seja cometida qualquer violação ou ameaça a pessoas em condição peculiar de desenvolvimento;

d) da prevenção especial: diz respeito principalmente à fixação de normas por parte do poder público em relação a divertimentos, disciplinando para tanto o local, horário e natureza, assim como a faixa etária a que são destinadas a diversão, espetáculo, cujo objetivo basilar é cuidar da formação integral das crianças e adolescentes;

e) do atendimento integral e prioritário: este princípio assegura que as crianças e adolescentes devem ter tratamento prioritário em relação a outras pessoas, principalmente quando está em risco o direito à vida, saúde, alimentação, devendo a família, a sociedade e o Estado desempenharem papel relevante na defesa dos direitos supra;

f) da desjudicialização: diferentemente da Doutrina da Situação Irregular em que toda e qualquer questão era resolvida somente pelo Poder Judiciário, a Doutrina da Proteção Integral, através deste princípio, estabelece que algumas questões, mesmos atos infracionais e a imposição de determinadas medidas sócio-educativas, podem ser solucionadas por Instituições que não o Poder Judiciário;

g) da especialidade da jurisdição: as crianças e os adolescentes em conflito com a lei deverão ser processados e julgados por juízes especializados, quando não for possível a resolução da aludida questão por outros Órgãos, garantindo a estas pessoas em desenvolvimento biopsicossocial todas as garantias processuais inerentes aos adultos, dentre os quais a ampla defesa e o contraditório, bem como a aplicação de sanção correspondente à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cuja medida deverá ser aquilatada e imposta de acordo com a responsabilidade da criança ou do adolescente infrator;

h) da humanização: este princípio está diretamente relacionado com a necessidade de se evitar qualquer tipo de violência, seja física, moral ou psíquica, inclusive é vetada qualquer espécie de violência aos adolescentes infratores, devendo-se aplicar a medida sócio-educativa mais salutar, jamais se aplicará medidas de caráter perpétuo, desumanas e cruéis.

3 DIREITO PENAL JUVENIL

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu art. 103 que ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal. O professor Tavares (1999, p. 103) resume:

O art. 103 ora analisado adota o conceito de delito – crime ou contravenção –, figura típica do ato punível, cometido por pessoa imputável para considerar a aplicação ao agente inimputável, que é o adolescente, de medida sócio-educativa (arts. 112 a 128) no lugar de penas e prisões. Atende-se: adolescente, já que a criança (menor de 12 anos) está excluída, pois o seu tratamento terá que ser dado na forma do art. 101, e nunca será considerada sujeito ativo de ato infracional.

De acordo com os ensinamentos acima escandidos, pode-se verificar que o adolescente infrator é responsável pela sua conduta típica, antijurídica e culpável, pois estes sofrem sanções, que são as medidas sócio-educativas, as quais têm natureza pedagógica e retributiva. Ademais, cabe mencionar que as medidas sócio-educativas têm o condão de interferir e limitar certos direitos dos adolescentes infratores, podendo ser aplicada uma simples advertência até a medida de exceção, a internação, privando o adolescente do convívio da sociedade, da família por um período mínimo de seis meses e máximo de três anos.

Além disso, convém comentar que são assegurados aos adolescentes em conflito com a lei todos os direitos inerentes às pessoas que estão sob a égide do Direito Penal Comum, por exemplo: ampla defesa e contraditório, presunção de não culpabilidade, reserva legal. Note-se que o adolescente infrator só pode ser responsabilizado quando um adulto também

o for, como bem leciona Saraiva (2006a, p. 74): “ação cometida pelo adolescente, embora típica e antijurídica, por ausência de elementos de culpabilidade, não for reprovável, assim como ao adulto, não caberá a imposição de pena, ao adolescente não se lhe poderá impor medida socioeducativa”.

Desta forma, não há como negar a existência do Direito Penal Juvenil galgado principalmente nos viéses do Direito Penal Mínimo, entendendo que a medida de privação de liberdade quer no Direito Penal Comum, quer no Direito Penal Juvenil é excepcional, pois como já amplamente debatido, a privação de liberdade não consegue alcançar seus objetivos, quais sejam a reeducação e reinserção do delinqüente ao convívio social, sem que este volte a praticar infrações penais, ou no acaso dos adolescentes, que evitem a reincidência destes na prática de ato infracional.

Assim, a internação somente poderá ser aplicada quando forem preenchidos os requisitos previstos no arts. 122 do Estatuto da Criança e Adolescente, respeitando sempre os princípios da brevidade, excepcionalidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, preferindo o aludido diploma legal a aplicação de medidas sócio-educativas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade, de acordo com os ensinamentos do Direito Penal Mínimo.

Cabe consignar que a expressão Direito Penal Mínimo pode ser definida como sendo a nova perspectiva do Direito Penal, somente se fazendo presente quando as lesões ou ameaças sofridas atingirem bens jurídicos relevantes para a sociedade, pois uma das funções desta nova perspectiva do Direito Penal é justamente evitar sobremaneira as penas privativas de liberdade, no caso deste trabalho, a medida sócio-educativa da internação, já que o Direito Penal como definem alguns doutrinadores é a última trincheira do Direito.

Neste pensar são as lições de Paschoal (2003, p. 21):

À luz do princípio do Direito Penal mínimo, segundo o qual o Direito Penal, enquanto instrumento de controle social, é a última arma de que o Estado se pode valer para dirimir os conflitos que lesem, ou coloquem em perigo real, os bens jurídicos fundamentais aos indivíduos e à comunidade. E, até em função da escolha

desse entendimento filosófico, tem-se que o estudo será também pautado nos princípios que informam o Direito Penal de *ultima ratio*, quais sejam o da subsidiariedade, o da fragmentariedade e o da lesividade, ou ofensividade. Vale apontar que o primeiro importa dizer que, antes de se recorrer ao Direito Penal, dever-se-á lançar mão de todos os outros meios de controle para proteger bens caros à sociedade; o segundo significa que, mesmo quando se decidiu utilizar o Direito Penal, nem todas as lesões, ou perigos de lesão ao bem jurídico selecionado, devem ser por ele alcançados, e o terceiro que somente a efetiva lesão ou colocação em perigo concreto do bem jurídico justifica a intervenção do Direito Penal.

Contudo, alguns doutrinadores defendem a inexistência do Direito Penal Juvenil, principalmente porque ainda estão ligados às bases da Situação Irregular do Menor, ou seja, não reconhecem a existência de responsabilização dos adolescentes infratores pela prática de atos infracionais, visto que estes não são sujeitos de direitos, mas sim objetos da ação, resultando, especialmente, em processos sem qualquer segurança jurídica, emasculando-se as garantias fundamentais constitucionais e processuais dos adolescentes infratores, gerando uma turbulência jurídica.

Para ratificar a existência do Direito Penal Juvenil, torna-se imperioso comentar que a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral da ONU permitiu a possibilidade de imposição de medidas, inclusive as de exceção, desde que assegurados todos os direitos fundamentais ínsitos aos adultos, mais alguns específicos relativos à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, vedando-se qualquer tratamento que exponham os adolescentes a situações vexatórias.

O art. 37 da indigitada Convenção, *in verbis*:

Os Estados Partes garantem que: a) Nenhuma criança será submetida à tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A pena de morte e a prisão perpétua sem possibilidade de libertação não serão impostas por infracções cometidas por pessoas

com menos de 18 anos; *b*) Nenhuma criança será privada de liberdade de forma ilegal ou arbitrária: a captura, detenção ou prisão de uma criança devem ser conformes à lei, serão utilizadas unicamente como medida de último recurso e terão a duração mais breve possível; *c*) A criança privada de liberdade deve ser tratada com a humanidade e o respeito devidos à dignidade da pessoa humana e de forma consentânea com as necessidades das pessoas da sua idade. Nomeadamente, a criança privada de liberdade deve ser separada dos adultos, a menos que, no superior interesse da criança, tal não pareça aconselhável, e tem o direito de manter contacto com a sua família através de correspondência e visitas, salvo em circunstâncias excepcionais; *d*) A criança privada de liberdade tem o direito de aceder rapidamente à assistência jurídica ou a outra assistência adequada e o direito de impugnar a legalidade da sua privação de liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial, bem como o direito a uma rápida decisão sobre tal matéria.

O professor Saraiva (2006a, p. 88) afirma:

Nesta lógica não pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema de responsabilidade do adolescente em conflito com a lei que, por sua natureza garantista, inspirado por princípios assecuratórios de limites ao poder sancionador do Estado, pode e deve ser definido como de Direito Penal Juvenil.[...] O Direito Penal Juvenil está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, e seu esclarecimento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a Lei.

3.1 Responsabilidade versus inimputabilidade

Primeiramente, cabe esclarecer que a Carta da República de 1988, em seu art. 228, prevê que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”.

Assim sendo, faz-se necessário trazer o conceito dos termos imputabilidade e inimputabilidade, quais os seus aspectos, para ao final confrontar o termo responsabilidade e inimputabilidade.

Imputabilidade penal segundo o mestre Delmanto (2000, p. 50):

É a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento. Explica-se: como se assinalou na noção de crime apresentada no comentário ao CP, art. 13, caput, e na nota ao art. 21 do CP, não basta a prática de fato típico e ilícito, para impor a pena. É necessária, ainda, para que a sanção penal seja aplicada, a culpabilidade, que é a reprovabilidade da conduta. Por sua vez, a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, pois esta não existe se falta a capacidade psíquica de compreender a ilicitude. Por isso, este art. 26 dispõe que há isenção de pena se o agente, por doença mental ou carência de desenvolvimento mental, era – ao tempo de sua conduta – incapaz de compreender a ilicitude do fato ou de conduzir-se de conformidade com essa compreensão. Assim, inimputáveis (não-imputáveis) são as pessoas que não têm aquela capacidade (imputabilidade).

É imperioso comentar que a menoridade é causa extintiva da culpabilidade, isto é, o menor de dezoito anos é inimputável, não podendo ser considerado responsável segundo a legislação penal comum, ficando os adolescentes infratores sujeitos às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em suma, embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os adolescentes são imputáveis diante das

normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo sócio-educativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, respostas justas e adequadas são de boa política criminal, exsurgindo os elementos indispensáveis à prevenção e à repressão da delinquência. (SILVA).

A inimputabilidade penal, conforme visto, não pode ser confundida com irresponsabilidade ou impunidade, visto que o adolescente infrator, segundo explanação supra, sofre medidas sócio-educativas, quando cometem atos infracionais, respondendo, assim, pelos seus atos, de forma proporcional à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nesse diapasão o professor Tavares (2001, p. 164):

Inimputabilidade, em sentido geral, é a condição pessoal de quem não pode sofrer a inflição de penas criminais. Responsabilidade é a obrigação de arcar com as conseqüências da conduta na forma da previsão legal. Os adolescentes estão imunes às imputações penais e ao tratamento penalógico, porém sujeitos à responsabilidade pelos atos anti-sociais, arcando com as conseqüências previstas no ECA, lei especial protetivas, sistematizadora do ato infracional e do tratamento pedagógico por meio de medidas socioeducativas.

Ademais, urge explicar que a responsabilização do adolescente infrator “não é um direito dos adultos e do Estado, mas um dever. Um dever em relação aos próprios infratores” (SARAIVA, 2006a, p. 47), já que através da imposição da medida sócio-educativa mais adequada àquele adolescente infrator, poder-se-á buscar o caráter pedagógico da referida medida, sanção, fixando limites aos infratores, principalmente buscando a reinserção destes ao convívio social, para que não caiam novamente na delinquência juvenil, permitindo o pleno desenvolvimento biopsicossocial destes adolescentes.

Verifica-se que em muitos casos a própria família que deixou em completo abandono material e afetivo tenta através da aplicação de uma das medidas sócio-educativas reescrever sua história para com aquele adolescente que foi buscar o aconchego das ruas e da delinquência para suprir a falta da convivência familiar.

Observa-se que o sistema de responsabilização previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente é bem organizado, inclusive prevê a possibilidade da internação provisória, instituto este bem assemelhado com o instituto da prisão preventiva do Direito Penal Comum, necessitando-se para a sua aplicação o preenchimento de determinados elementos previstos no diploma legal especial, assim como para a decretação da prisão preventiva é precisa a visualização dos elementos objetivos e subjetivos, previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Resumindo, é um mito dizer que o adolescente é impunível, como bem apresentou a professora Colpani (2003):

A ilusão de impunidade, além de ser ocasionada pela mídia, é uma das principais heranças da Doutrina da Situação Irregular. Fundamenta-se na falsa idéia que o adolescente infrator não é responsabilizado pelos seus atos, provocando assim no sistema de atendimento aos adolescentes uma presunção de inidoneidade [...]. A idéia da impunidade decorre de uma apreensão equivocada da Lei, como prossegue o autor, fundamentalmente da ignorância e desconhecimento de que o ECA é um instrumento de responsabilidade do Estado, da sociedade, da família e do próprio adolescente, complementando que os meios de comunicação, por não conhecerem a diferença entre impunidade e inimputabilidade, induzem em erro a opinião pública, distorcendo os fatos.

Desse modo, feita uma análise sobre o princípio da proteção integral, bem como a responsabilização dos adolescentes infratores, passar-se-á a observar a particulares em relação aos adolescentes infratores portadores de sofrimento psíquico e papel do princípio da proteção integral na defesa destes adolescentes.

4 ADOLESCENTE INFRATOR PORTADOR DE SOFRIMENTO PSÍQUICO

Inicialmente, torna-se imperioso discorrer sobre a inimputabilidade penal dos adultos portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompletos e quais as medidas adotadas para estes casos, para, posteriormente, comentar os casos dos adolescentes infratores portadores de sofrimento psíquico.

Assim sendo, verifica-se que o art. 26 do Código Penal prevê como uma das causas de exclusão da culpabilidade a inimputabilidade penal decorrente de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto desde que no momento da ação ou omissão que gera o fato delituoso seja inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta.

O professor Toledo (2002, p. 313) esclarece:

Para que o agente de um crime seja, pois, dotado de imputabilidade, além da idade de dezoito anos, deverá, à época do fato, estar no gozo de certas faculdades intelectivas e de determinado grau de saúde mental. A lei penal exprime essas exigências, de modo negativo, ao estabelecer as hipóteses de inimputabilidade ou de redução de capacidade (art. 26 e parágrafo único, 27 e 238, §§ 1º e 2º). Com isso, pode-se afirmar, com segurança, ser a regra a imputabilidade do maior de dezoito anos; a exceção, a inimputabilidade. Assim, a inimputabilidade restringe-se aos casos expressos em lei e, processualmente, cumpre ser provada. Já a imputabilidade presume-se, nos casos em que a lei não a exclua.

Observa-se que o legislador para definir a inimputabilidade penal decorrente de enfermidade mental e desenvolvimento incompleto ou retardado se utilizou de expressões muito amplas, que somente serão desvendadas através de uma junta multidisciplinar formada primordialmente por psiquiatras e psicólogos forenses, em cada caso concreto, pois os operadores do Direito dificilmente terão condições de aquilatar o grau desta

enfermidade, já que deverão responder se esta enfermidade e/ou deformidade gera a incapacidade prevista na legislação.

Nota-se que além do critério sanitário, tem que se levar o momento da ação ou da omissão, se o agente era inteiramente incapaz de compreender a ilicitude do fato, ou seja, deve-se fazer a análise global da situação, envolvendo todos os fatos ora citados.

Verifica-se que o Direito Penal não deixa de se manifestar sobre as conseqüências da inimputabilidade gerada pela enfermidade mental ou desenvolvimento mental retardado, haja vista que prevê a possibilidade de aplicação de medida de segurança, que segundo a legislação penal divide-se em “internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em estabelecimento adequado” e “sujeição a tratamento ambulatorial” de acordo com a espécie nosológica do agente e do grau desta enfermidade, ou seja, não há razão para que um doente mental ou um retardado mental seja posto em penitenciárias, casas de detenção ou qualquer outro estabelecimento penal comum, no mesmo habitat de pessoas tidas como normais, pois se estaria ferindo direitos fundamentais destas pessoas tidas como doentes.

Cabe ressaltar que na doutrina há uma discussão a respeito da natureza jurídica da medida de segurança, se pena ou tratamento, os professores Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 809) explicam:

A natureza das chamadas “medida de segurança”, ou simplesmente “medidas”, não propriamente penal, por não possuírem um conteúdo punitivo, mas o são formalmente penais, e, em razão disso, são elas impostas e controladas pelos juízes penais. Não se pode considerar penal tratamento médico nem mesmo custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com a pena, desta diferencia por seus objetivos e meios. Mas as leis penais impõem um controle formalmente penal, limitam as possibilidades de liberdade da pessoa, impondo o seu cumprimento, tais condições previamente fixadas que elas estabelecem, e cuja execução devem submetido aos juízes penais.

Por fim, em relação à aplicação das medidas de segurança aos agentes inimputáveis (doentes mentais ou retardados mentais) deve-se ter

em mente que a duração de tal medida fica condicionada à existência ou não da periculosidade do agente, ou melhor, se agente ainda é perigoso para si e para os outros no convívio social, esta análise deverá ser feita por uma equipe multidisciplinar, não podendo, contudo, tal prazo exacerbar trinta anos, devendo, caso persista a doença mental ou desenvolvimento incompleto ensejadora da aplicação da medida de segurança, o agente ser interditado civilmente, consoante as lições do art. 1769 do Código Civil, bem como interná-lo conforme o direcionamento do art. 1777 do mesmo Código.

Feito este pequeno preâmbulo sobre a inimputabilidade penal decorrente de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto, analisar-se-á a problemática dos adolescentes infratores que no momento da ação ou da omissão eram portadores de doenças psíquicas.

Insta, primeiramente, salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente mesmo sendo uma lei de vanguarda mundial não adentrou de forma profunda na questão dos adolescentes infratores portadores de distúrbios psíquicos, pelo contrário foi bem superficial no art. 112, § 3º: “Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”.

Contudo, esta abordagem estatutária não resolve os grandes problemas destes adolescentes portadores de distúrbios psíquicos, uma vez que estes não possuem capacidade para serem responsabilizados por seus atos, não podendo ser aplicada qualquer medida sócio-educativa.

Saraiva (2006a, p. 194) comentando o assunto:

Faz-se deste modo insuscetível onde aplicação de medida socioeducativa, mesmo sendo autor de ato infracional, haja vista sua incapacidade de cumpri-la. Deverá então ser submetido a uma medida de proteção nos termos do art. 101, inc. V, do Estatuto, devendo ser internado em hospital psiquiátrico ou submetido a tratamento ambulatorial sem submissão de medida sócio-educativa.

Todavia, na prática, os Magistrados dificilmente enfrentam a matéria como deve ser atacada, não respeitando o princípio da proteção integral, cujo objetivo maior é o respeito às pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, mesmo aqueles que cometem ato infracional, pois ao aplicar

a medida socioeducativa não verificam se o adolescente é portador de distúrbio mental, colocando-os nas unidades de internação, juntamente com os adolescentes infratores normais. Sobre o assunto, Digiácomo (apud SARAIVA, 2006a, p. 196) ensina “que a unidade destinada à execução da medida socioeducativa de internação não é o local adequado para a permanência de adolescente que apresente doença mental ou perturbação da saúde mental”.

Nesse sentido, também são as lições da professora Colpani (2003):

Essa é uma questão de grande importância, porque o adolescente portador de doença mental não pode ficar internado com os demais, em razão dos cuidados e atenção diferenciados que deve receber, afinal, como definiu Douglas Tavolaro (2002, p. 17), “conhecer as peculiaridades da insanidade enclausurada é tomar contato com uma realidade irreal que muitos preferem ignorar. Estão ali pacientes que convivem com regras próprias num mundo que se misturam medo, paixão e cólera”.

Além disso, pode-se observar que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a medida protetiva imposta aos adolescentes infratores com distúrbios psíquicos, conforme o art. 112, § 3º, deverá ser cumprida em estabelecimentos adequados às condições especiais do adolescente, bem como deverá este adolescente receber tratamento individualizado e especializado, porém a legislação menorista silencia qual estabelecimento e como deverá ser feito este tratamento.

Urge lembrar que o princípio da proteção integral tem fundamental relevo para que não sejam cometidas atrocidades a estes adolescentes infratores portadores de distúrbios mentais, uma vez que este princípio deve nortear toda a atividade estatal para com estes adolescentes, principalmente, porque são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e portadoras de necessidades especiais.

Cabe mencionar que a legislação somente será mais ampla em relação a este assunto quando for implantada uma Lei de Execução do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois como acontece no Direito Penal é este Juízo responsável pela cessação da medida de segurança, após prévia

análise pericial. Contudo, o projeto de Lei que está no Congresso Nacional também é silente, devendo o mesmo passar por mudanças, a fim de que o Estatuto da Criança e do Adolescente neste particular consiga alcançar o seu princípio-mestre na sua inteireza, o princípio da proteção integral.

Verifica-se, deste modo, que há um tratamento diferenciado entre os adultos autores de infrações penais portadores de doenças mentais ou desenvolvimento mental retardado e os adolescentes infratores portadores de distúrbios psíquicos, pois para aqueles a Lei Penal estabelece todo um sistema, desde a aplicação da medida de segurança até o tratamento, bem como os locais onde deverá acontecer o referido tratamento e na prática, mesmo que de forma precária, há a existência de hospitais psiquiátricos a ambulatórios que cuidam deste agentes, diferentemente do que o ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por esta razão, o adolescente infrator “Champinha”, que matou com requintes de crueldade a menor Liana Friedenbach e o seu namorado, foi quase reinserido ao convívio social, mesmo com os laudos médicos atestando ser ele uma pessoa altamente perigosa e que sofre de distúrbios psíquicos, sendo ele um sociopata e psicopata, não havendo na atualidade qualquer tratamento médico-hospitalar que consiga reverter o aludido quadro:

O pai da menor, Friedenbach escreveu:

Aproveito para um esclarecimento técnico da maior importância. O diagnóstico do criminoso Roberto Aparecido, vulgo Champinha, classifica-o como psicopata, ou como preferem outros, um sociopata, o que quer dizer que estamos falando de uma doença incurável; indivíduo que apenas pode e deve ser mantido sob vigilância constante, pois não absorve conceitos e valores éticos. É um ser que não vê limites para alcançar seus objetivos, ainda que isto possa implicar no assassinato de alguém, como o que ocorreu. Busca sua satisfação sem qualquer limite para isto, muitas vezes responsabilizando a vítima por seus atos.

O Ministério Público do Estado de São Paulo utilizou do instituto da interdição civil para evitar a volta do supramencionado adolescente à sociedade e em uma decisão histórica o magistrado determinou que o

adolescente supramencionado fosse inserido/internado em uma instituição psiquiátrica para tratamento, pois como explica o professor Pinheiro:

Portanto, o Ministério Público tem à sua disposição meios e instrumento suficientes para impedir que o menor infrator em estado de periculosidade retorne ao convívio social aos 21 anos de idade sem exame médico adequado. Poderá o Ministério Público, então, querendo, promover a investigação da existência de eventual “anomalia psíquica” do menor infrator, em processo civil previsto na lei adjetiva. Se confirmada, por exame médico, seria o menor infrator, após a maioridade, internado em estabelecimento adequado até a cessação de sua periculosidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que os adolescentes infratores portadores de distúrbios psíquicos são tratados, na maioria dos casos, da mesma forma que são cuidados os adolescentes infratores tidos como normais. Contudo, tal prática deve ser abominada, principalmente quando se tem o princípio da proteção integral como bússola de toda e qualquer medida relacionada às crianças e aos adolescentes, inclusive porque os criminosos adultos possuem uma regra toda especial quando sofrem de doenças mentais ou desenvolvimento mental incompleto, ferindo, desta forma, a equivalência existente entre o Direito Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O professor Saraiva (2006b, p. 96) comenta o assunto argumentando: “não ser possível que se permaneça a tratar igualmente os desiguais, supondo que um adolescente portador de sofrimento psíquico, incapaz de discernir e neste caso sem responsabilidade juvenil submeta-se a medida sócio-educativa”.

Verifica-se, também, que deve ser assegurado aos adolescentes infratores portadores de distúrbios psíquicos todos os direitos e garantias fundamentais, principalmente de serem tratados em local adequado, cujo acompanhamento deverá ser individualizado e especializado, tudo com o fim de se respeitar o princípio da proteção integral e seus princípios basilares.

Por fim, cabe mencionar que a adolescência é fase vital para toda e qualquer pessoa, haja vista que esta fase prepara este adolescente para os desafios que terão que enfrentar na fase adulta, principalmente quando estes adolescentes são infratores e portadores de distúrbios mentais. Desta forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem que ser reformulado para também promover a estes adolescentes o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente evitando tratamentos ineficazes à sua situação de portador de necessidades especiais ou distúrbios mentais, não devendo ser vistos somente como adolescentes infratores sem quaisquer distúrbios, aplicando-lhes a medida sócio-educativa da internação, sem qualquer cuidado, mas pelo contrário, o Estado, a sociedade e a família devem ter um cuidado todo especial para com estes adolescentes infratores.

Finalizando, a professora Sica (2003, p. 25) discorre de forma brilhante sobre a importância da infância e da adolescência no mundo do direito infracional e penal: “Talvez nas vivências traumáticas da infância, tão bem estudadas por Kohut em sua visão psicanalítica do self, esteja a chave explicativa para muitos casos de distúrbios e da violência que deles decorrem”.

O adolescente infrator portador de distúrbios psíquicos são também pessoas em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento biopsicossocial e, portanto, detentor de todo e qualquer direito e garantia fundamental.

REFERÊNCIAS

COLPANI, Carla Fornari. A responsabilização penal do adolescente infrator e a ilusão de impunidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4600>>. Acesso em: 05 jun. 2007.

CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2002.

FRIEDENBACH, Ari. **Um psicopata não tem cura!** A justiça, dentro do que permite nosso ordenamento jurídico, está sendo alcançada, não permitindo que fiquem impunes criminosos como estes. Pessoas que não dão qualquer valor à vida do próximo. Disponível em: <<http://www.jornaldedebates.ig.com.br/index>>. Acesso em: 04 de jul. 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros. 2004

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

PINHEIRO, Flávio César de Toledo Pinheiro. Estudo sobre menor infrator. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/11/16/3931>>. Acesso em: 05 de jun. 2007.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito da criança e do adolescente**. 5. ed. Goiânia: IEPC, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

_____. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**: um abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

SICA, Ana Paula Zomer. **Autores de homicídio e distúrbios da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente. Florianópolis. Disponível em: <http://tj.sc.gov.br/cejur/artigos/infancia_juventude/crianca_conflito_amaral_silva.html>. Acesso em: 05 jun. de 2007.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*André Gonzalez Cruz**

Resumo: O presente artigo enfoca o instituto da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro. Quais os requisitos para a decretação da prisão preventiva no Brasil? A prisão preventiva ofende o princípio constitucional da presunção de inocência? Ainda existe prisão preventiva obrigatória no nosso ordenamento jurídico? Necessário se faz analisar o referido instituto como medida cautelar que é, somente necessária para uma eficiente prestação jurisdicional, não podendo o aplicador do Direito atuar imbuído pelo sentimento de insegurança e impunidade que reina no Brasil, como se estivesse na condição de agente implementador de políticas públicas, mas deve sim excluir-se de qualquer sentimentalismo social.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Medida cautelar. Presunção de inocência. Ordenamento jurídico brasileiro. Motivação.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a liberdade do indivíduo está, sem sombra de dúvida, em patamar superior no que tange aos direitos do ser humano. Contudo, vive-se num Estado Democrático, em que nem todos os direitos são absolutos, ainda mais quando se trata de conflito de direitos constitucionais, em que o aplicador do direito deve sopesar e fazer prevalecer aquele que, no caso concreto, possui mais relevância.

Tratando especificamente o presente artigo da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, fez-se necessária, primeiramente, a análise do conceito de prisão, bem como a discriminação das suas diversas

* Assessor de Procurador de Justiça do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

modalidades, dentre elas a prisão processual penal, ou prisão cautelar, na qual encontramos a prisão preventiva como uma de suas espécies.

No capítulo seguinte, dissecou-se a prisão cautelar, analisando-a proficuamente, ressaltando as características atinentes a toda medida cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, demonstrados na prisão cautelar, respectivamente, pela materialidade delitiva e indício suficiente de autoria e pela necessidade urgente da decretação da medida, seja para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para aplicação da lei penal.

No próximo capítulo, chegou-se ao cerne da questão, analisando a prisão preventiva no Brasil quanto aos seus pressupostos (*fumus boni iuris*), seus fundamentos (*periculum in mora*), suas condições de admissibilidade e com a inserção de um novo dado para a prolação da referida medida, qual seja o não atendimento de uma das condições de inadmissibilidade previstas legalmente, até então não constante das classificações doutrinárias.

Como se trata de um tema que cuida da liberdade humana no processo criminal, também não se pode perder de vista o princípio da presunção de inocência, o qual não se afigura impeditivo para a decretação do ergástulo preventivo, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

Disposições diversas da prisão preventiva também foram enfocadas no presente artigo, tais como a necessidade de motivar a decretação de tais medidas, a possibilidade de revogação e redcretação, a apresentação espontânea e a detração penal.

É importante destacar a problematização que o assunto carrega consigo, na medida em que a sociedade brasileira não é uma sociedade formada somente por estudiosos e aplicadores do Direito, quando mais se tratando de assunto da área criminal, muito pouco explorado e até mal visto popularmente.

Não obstante, o presente trabalho vem analisar a prisão preventiva no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, excluindo-se de qualquer

sentimentalismo social, buscando retirar-se do corpo social, analisando, proficuamente o tema *sob retina* sempre do ponto de vista da legalidade.

2 CONCEITO E ESPÉCIES DE PRISÃO

A prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção de uma determinada pessoa, ou seja, a restrição do seu direito constitucional de ir e vir. Todavia, o termo tem vários significados no nosso ordenamento jurídico, pois pode significar a pena privativa de liberdade, o ato de captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado de prisão) ou a simples custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere).

O ordenamento jurídico brasileiro também faz a distinção entre as várias espécies de prisão: a prisão-pena (penal em sentido estrito) e a prisão sem pena (processual penal, civil, administrativa e disciplinar). A prisão penal em sentido estrito, cujas finalidades são prevenir novos crimes, através do exemplo dado aos demais integrantes da sociedade, e, sobretudo, repreender o criminoso, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória quando assegurado ao acusado o direito de recorrer em liberdade ou a que ocorre depois da prolação da sentença penal condenatória recorrível quando não assegurado ao acusado o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista entender-se que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível apresenta natureza de execução provisória da pena, e não de prisão cautelar, conforme restará demonstrado a seguir.

A prisão processual penal, também chamada de provisória, é a prisão cautelar, incluindo a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal – CPP), a prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP) e a prisão resultante de sentença de pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º, do CPP). Mais adiante restará consignado por que a prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, também não é propriamente considerada uma prisão cautelar.

Continuando a classificação das várias espécies de prisão, temos a prisão civil, que é a decretada nos casos de devedor de alimentos e depositário infiel, únicas permitidas pela nossa Constituição Federal (art. 5º, inciso LXVII). Já a prisão administrativa, após a Constituição Federal de 1988, só pode ser decretada por autoridade judiciária, por expressa disposição do art. 5º, inciso LXI, do diploma retromencionado, nas hipóteses previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Por fim, existe a prisão disciplinar, a qual é prevista na própria Carta Magna (art. 5º, inciso LXI) para as transgressões militares e crimes propriamente militares.

3 FUNDAMENTOS DA PRISÃO CAUTELAR

Analisando o regime de liberdades individuais que preside o ordenamento jurídico brasileiro, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Todavia, pode ela ocorrer antes do julgamento, ou mesmo na ausência de processo, por razões de necessidade.

No Estado Democrático de Direito, nenhum direito é absoluto, obrigando o indivíduo, enquanto membro da sociedade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência do bem comum, última e principal finalidade do Estado.

Neste diapasão, a Constituição Federal de 1988 estipula em seu art. 5º, inciso LXI, que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Redação esta que se assemelha à do art. 282 do Código de Processo Penal, senão vejamos: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”.

Por expressa permissão constitucional, pode-se efetuar a prisão sem mandado judicial nas seguintes hipóteses: prisão em flagrante (art. 5º, inciso LXI), transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, inciso LXI), durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3º) e durante o Estado de Sítio (art. 139, inciso II). Já por determinação do Código de Processo Penal

(art. 684), a recaptura do réu foragido independe de mandado judicial, quando o recolhimento se baseia em autuação em flagrante delito ou em virtude da expedição de mandado de prisão.

Dessa forma, são inconstitucionais as chamadas “prisão correcional” e “prisão para averiguações”, muito utilizadas em outros momentos da história brasileira, como na época ditatorial, o que não impede que uma pessoa seja detida por curto intervalo de tempo, sem recolhimento propriamente ao cárcere, em caso de suspeitas, diante do chamado poder de polícia.

Visando garantir a liberdade de locomoção decorrente de prisões ilegais, dispõe a Carta Magna que: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, inciso LXV); e “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inciso LXVIII).

A prisão processual penal, ou prisão cautelar, somente se justifica no ordenamento jurídico pátrio quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que imprescindível para uma eficiente prestação jurisdicional. Não preenchendo os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*), a prisão cautelar, da qual a prisão preventiva é espécie, torna-se ilegal.

De acordo com a Teoria Geral das Medidas Cautelares, as providências cautelares possuem caráter instrumental, constituindo meio e modo de garantir o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida por meio do processo, objetivando impedir que o desenrolar demorado do processo possa tornar inócua a prestação jurisdicional final.

Na lição de Afrânio Silva Jardim (2005, p. 245):

Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

Afirmam com muita propriedade Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (1981, p. 280) que:

A atividade cautelar foi preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*).

Diante disso, podemos citar, dentre outras menos marcantes, as seguintes características das medidas cautelares, integralmente válidas também para o processo penal: a) Acessoriedade: em razão do processo ou da medida cautelar encontrar-se sempre vinculado ao resultado do processo principal; b) Preventividade: vez que se destina a prevenir a ocorrência de danos enquanto o processo principal não chega ao fim; c) Instrumentalidade hipotética: a tutela cautelar pode incidir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente reconhecido o direito alegado, que surge apenas como viável ou provável; e d) Provisoriedade: sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo.

As medidas cautelares antecipam, total ou parcialmente, a situação jurídica que advirá do resultado final do processo, e, com isso, se afasta o *periculum in mora*, neutralizando os efeitos lesivos que dele poderiam surgir e garantindo a realização efetiva da tutela jurisdicional do Estado.

Assim, as providências cautelares ligam-se, instrumentalmente, ao processo cujo resultado visam garantir, tendo sempre caráter provisório, posto que são de duração limitada, perdurando seus efeitos enquanto não emanada do Judiciário a providência jurisdicional que ela procura assegurar e enquanto presentes seus requisitos.

Outra natureza da medida cautelar é sua acessoriedade, pois esta se destina tão-somente a garantir o resultado final do processo. Por fim, o último traço característico da referida medida reside na sua instrumentalidade, visto que ela é o meio e o modo de garantir a efetividade de providências definitivas que constituem objeto do processo principal.

Assim, delineados os traços principais caracterizadores das medidas cautelares, ainda que de forma superficial, encontramos condições suficientes para afirmar que a prisão preventiva, tal como regulada no Código de Processo Penal, é tipicamente uma forma de atividade jurisdicional cautelar, pois tem como finalidade precípua tutelar os fins e os meios do processo penal de conhecimento, bem como a possibilidade de retirar da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e da prisão temporária tal caráter.

Com as providências cautelares, salienta Vittorio Denti (1948, p. 24), busca-se:

Garantir ao processo a consecução integral de seu escopo, para que os meios dos quais deve servir-se ou a situação sobre a qual irá incidir não se modifiquem ou se tornem inúteis antes ou durante o desenrolar do procedimento, frustrando-se, em conseqüência, a atuação da vontade da lei material.

Fala Calamandrei (1936, p. 22), na sua obra “Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari”, em “instrumentalidade hipotética”, pelo fato de que a concessão da medida cautelar sempre depende de ser provável a hipótese de dever conceder a providência definitiva que tal medida procura assegurar.

Há, também, “instrumentalidade qualificada”, ou de segundo grau, tendo em vista que se a função jurisdicional tem por objetivo a aplicação das normas da ordem jurídica, a medida cautelar, que instrumentalmente a tutela, constitui meio predisposto e adequado para a melhor consecução da providência definitiva, sendo que esta, por sua vez, constitui também meio e modo para a realização do Direito, verificando-se, portanto, como sintetiza Calamandrei, que as medidas cautelares apresentam-se “*in relazione alla finalit  della funzione giurisdizionale*” como “*strumenti dello strumento*”.

Como já afirmado neste capítulo, os requisitos gerais da medida cautelar são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, traduzindo-se este último como basilar para tal providência, tendo em vista que existe uma inevitável demora processual, como ensina Jaime Guasp (1956, p. 1350):

Entre o nascer de um processo e a obtenção do ato decisório que a ele põe termo e ao qual estão vinculados seus efeitos básicos, esse constante *periculum in mora*, que semelhante dilação supõe, deve ser eliminado por meio de medidas de precaução, cautela ou garantia que diretamente facilitem os efeitos da sentença definitiva afetada por semelhante risco dilatatório.

Dessa forma, se a providência acauteladora não apresenta caráter imprescindível, na medida em que os efeitos dilatatórios do processo não colocam em perigo o bem jurídico tutelado, não há que se falar em *periculum in mora* e, conseqüentemente, a medida cautelar não deve ser concedida.

O segundo pressuposto para a concessão das providências cautelares consiste na probabilidade de resultado favorável do processo principal para aquele a quem a referida medida irá beneficiar. Sem este pressuposto (*fumus boni iuris*), a providência cautelar torna-se inviável, posto que há sempre um juízo de probabilidade no processo cautelar.

A prática de um ilícito penal faz nascer para o Estado o *jus puniendi*, que somente será exercido através do *jus perseguendi*, tendo em vista que, conforme inteligência do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um delito, assim, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena sem a submissão à jurisdição.

Não obstante, o longo deslinde processual dá a certos atos da *persecutio criminis* a natureza de atividade cautelar, como ocorre com as medidas de busca e apreensão.

É de se ressaltar que a prisão processual penal apresenta-se sempre como um conflito entre o interesse público e o interesse privado, em que, se presentes os requisitos legais, este último pode ser suplantado, pois a norma coercitiva cautelar, além de tutelar instrumentalmente situação jurídica futura, prevê condições de seu exercício para que o direito, também constitucional, de liberdade se subordine ao interesse público.

Preleciona, por isso, Giuseppe de Lucca (1953, p.58), que as providências cautelares, como instrumento e meio de tutela, cria,

obrigatoriamente, “um conflito de interesses que poderemos denominar de marginal ou secundário em relação ao conflito principal”.

4 A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A expressão “prisão preventiva” tem uma acepção ampla para designar a custódia de uma determinada pessoa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória prolatada em seu desfavor. A prisão preventiva, em sentido lato, é a prisão processual, ou chamada de “provisória” no Título IX do Código de Processo Penal, que inclui a prisão em flagrante, a prisão decorrente de sentença de pronúncia, a prisão resultante de sentença condenatória recorrível, a prisão temporária e a prisão preventiva em sentido estrito.

No sentido estrito, objeto do nosso estudo, a prisão preventiva é uma medida cautelar, que se caracteriza, como qualquer outra modalidade de prisão, pela privação de liberdade de determinada pessoa, e, em caráter específico, por sua decretação pelo juiz durante o inquérito policial ou durante a ação penal, tendo em vista a existência de pressupostos legais para resguardar os interesses sociais de segurança.

De acordo com Capez (2006, p. 244-245):

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. Depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Tratando-se de prisão cautelar, a prisão preventiva (de agora em diante falaremos somente em seu sentido estrito) reveste-se do caráter da excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado o *periculum in mora*.

A necessidade da aplicação da prisão preventiva e o preenchimento rigoroso dos pressupostos previstos em lei para sua aplicação implicam

também no fato de que não pode o juiz abandonar tais pressupostos jurídicos garantidores da liberdade individual para dar satisfação à sociedade, como se estivesse na condição de agente implementador de políticas criminais.

É clarividente que esse papel não cabe ao juiz, tendo em vista que sobre este repousa a responsabilidade de bem aplicar as leis, equilibrando valores constitucionais consagrados, mormente vejamos decisões em sentido contrário, nas quais o magistrado revela-se um reformador do sistema social, traduzindo-se pura e friamente num órgão repressor.

Tal fato é conseqüência, em grande parte, da mídia, tida por muitos como quarto poder, que cria e imbui a população com o sentimento de que a punição dos criminosos depende única e exclusivamente da atuação jurisdicional, e o pior é que essas informações influenciam a população e os próprios juízes, já que componentes do corpo social.

Oportuno citarmos o entendimento de Arouck Gemaque (2006, p. 79), em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Prisão Cautelar”:

Todos os esforços devem ser encetados para fazer prevalecer o primado da racionalidade na aplicação das penas, pois não se pode correr o risco de retroceder ainda mais no primitivismo da aplicação da pena cautelar como medida de vingança ou retribuição.

É de se ressaltar que muito embora se façam críticas ao instituto da prisão preventiva, já que suprime a liberdade de determina pessoa, em regra, antes mesmo da prolação de uma sentença condenatória, causando ao eventualmente inocente a desmoralização e a depressão aos seus sentimentos mais profundos, é ele previsto tradicionalmente em nossa ordem jurídica, como em todos os países civilizados.

Considerada na quase totalidade da doutrina como um mal necessário e uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem abster parte de seu direito de liberdade em prol do bem comum, justifica-se a prisão preventiva por ter como objetivo a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Por estes motivos, na nossa lei processual deixou a prisão preventiva de ser obrigatória para os crimes apenados com reclusão igual ou superior a

dez anos, como se previa anteriormente, sendo, hoje, uma medida decretada apenas quando necessária, segundo os requisitos estabelecidos no Código de Processo Penal.

Extinta a obrigatoriedade da decretação da prisão preventiva pela Lei nº 5.349, de 03 de novembro de 1967, ficou bastante evidente a natureza da medida cautelar que possui tal provimento coercitivo no processo penal pátrio. Já não se precisa invocar artificialmente uma presunção de *periculum in mora*. Agora, tem ele que ser sempre demonstrado efetivamente, através de decisão fundamentada.

Assim, se examinarmos detidamente o preceito atual do art. 312 do Código de Processo Penal – CPP, nele se verá expressos os dois requisitos basilares para a caracterização das medidas cautelares: o referido *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O primeiro dos requisitos fica patenteado pela necessidade de o Juiz verificar se, no inquérito ou na ação penal, encontra-se provada a existência material da infração e se há indício de sua autoria. Se não existe um mínimo de probabilidade de prosperar a pretensão punitiva estatal, a medida provisória tornar-se-ia verdadeiramente odiosa.

Alertamos aqui para a coerência, ainda que parcial, do sistema do CPP. Se é verdade que a prova da existência do crime e o indício suficiente de sua autoria tornam provável uma condenação, não menos verdadeiro é que, nada obstante tal suporte probatório, o art. 314 impede a custódia preventiva se estiver demonstrado nos autos que o agente praticou a conduta típica de forma justificada por alguma excludente de antijuridicidade. Em assim ocorrendo, já não é mais provável venha a ser ele condenado, não assumindo o legislador o risco de prender alguém ainda não condenado diante destas circunstâncias.

Como bem assevera Afrânio Silva Jardim (2005, p. 248):

A lógica do sistema deveria impor vedação à prisão preventiva quando estivesse provada a ausência de qualquer dos elementos da infração penal: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, vez que em todos estes casos desaparece o *fumus boni iuris*. Saliente-se, nada obstante, que, nesta fase, tal apreciação é meramente provisória, não vinculando o órgão jurisdicional à sua

sentença de mérito, até porque outras provas poderão ser carreadas para os autos. Embora se trate de juízo superficial de delibação, deve haver muita prudência por parte do magistrado exteriorizar o seu convencimento nesta etapa processual.

O segundo requisito, o perigo na demora do processo de conhecimento, encontra-se exigido pelo legislador pátrio quando se refere à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. A norma, nestas hipóteses de urgência, torna-se impaciente, pode-se assim dizer, procurando antecipar o provimento jurisdicional que se acena como provavelmente condenatório, a fim de afastar um perigo determinado e iminente.

Constata-se, igualmente, que a provisoriedade e o princípio da necessidade da medida cautelar vêm consagrados no art. 316 do Código de Processo Penal ao possibilitar a sua revogação, a qualquer tempo, se o Juiz verificar a insubsistência do motivo que a determinou.

Dispõe o art. 366, *caput*, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

A nova regra inserida no dispositivo supramencionado teria, para alguns doutrinadores, recriado o instituto da prisão preventiva obrigatória. Todavia, tal tese não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro pelos seguintes motivos: 1º) porque a prisão preventiva somente pode ser decretada pelo magistrado quando presentes seus pressupostos; e 2º) porque o legislador foi expresso ao prever a sua decretação somente “se for o caso”.

Diante disso, ainda que o réu não atenda ao chamamento judicial, deixando de constituir advogado, a custódia preventiva só poderá ser decretada nos casos expressamente previstos na legislação.

Cumpra ressaltar que a prisão preventiva não se reveste do caráter da facultatividade, pois o magistrado está vinculado à presença ou não dos requisitos autorizadores da referida custódia cautelar. Não obstante, fica a seu livre convencimento a análise da verificação dos pressupostos para a sua decretação, posto que estes não são objetivos.

Segundo os arts. 311, 1ª parte, e 312, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, tanto nos casos de ação penal pública quanto de ação penal privada, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei e atendida uma das condições de admissibilidade previstas no art. 313 do referido diploma.

Conforme dispõe o art. 311, 2ª parte, do Código de Processo Penal, o juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou mediante representação da autoridade policial, não estando legitimado a pedi-la o assistente de acusação.

Cumpra registrar que a prisão preventiva é instituto incompatível com qualquer espécie de liberdade provisória, pois estando presentes seus pressupostos e requisitos, nos casos em que ela pode ser decretada, a liberdade provisória não pode ser concedida.

4.1 Presunção de Inocência

A presunção de inocência é uma das mais importantes garantias do acusado, pois através dela este passa a ser sujeito de direitos dentro da própria relação processual, tendo em vista que, até que se prove o contrário, o acusado é presumidamente inocente.

É bem verdade que o processo penal existe não só para castigar o delinqüente, como também para evitar que sejam castigados os inocentes. Sobre o assunto, brilhante a lição de Rui Barbosa (apud FONSECA), senão vejamos:

Não sigais os que argumentam com a grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder

de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.

Dentre as regras constitucionais que derivam da presunção de inocência estão: o ônus da prova pelo acusador (art. 5º, inciso LVII) e a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (direito a não produzir provas contra si mesmo e direito ao silêncio – art. 5º, inciso LXIII).

Outra consequência, de cristalina clareza, é que a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares, como a prisão preventiva, sejam utilizadas como castigo, isto é, muito além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual ou para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena.

Grande parte dos doutrinadores e da jurisprudência brasileira tem asseverado que o princípio da presunção de inocência está inserto no texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LVII, o qual merece transcrição, *litteris*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Analizando a redação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, verificamos claramente que não há menção expressa à presunção de inocência, mas tão-somente a declaração de não culpabilidade enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, muito embora esta possa ser presumida.

A vedação constitucional supramencionada, de não se considerar culpado o acusado antes do trânsito em julgado na sentença penal condenatória, nada mais é do que uma forma mais apurada do princípio da presunção de inocência, que somente valerá até que se tenha sido o réu comprovado culpado.

Procedendo a uma análise sobre a evolução da cláusula em epígrafe e procurando compreendê-la dentro do nosso ordenamento jurídico, acredita-se que a referida regra não tem o indevido alcance que alguns, cegamente, lhe outorgam, chegando ao ponto de negar vigência ao art. 594 do Código de Processo Penal – CPP, que trata da prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, que, como já falado anteriormente, não tem natureza cautelar.

Se o acusado for presumidamente inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ter-se-ia que reconhecer, forçosamente, efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, muito embora o art. 637 do CPP discorra que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, disponha que os recursos especial e extraordinário serão recebidos no efeito devolutivo. Tal entendimento violentaria a nossa tradição processual, inviabilizando, na prática, a ténue eficácia coercitiva do título executivo penal.

Na verdade, o que a Constituição Federal de 1988 proíbe é que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo do réu a prova da sua inocência, sob pena de condenação em caso de dúvida, fazendo com que o Ministério Público ou o querelante tenham que alegar e provar cabalmente que o réu praticou uma infração sem a presença de qualquer excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade.

Assim, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que basta à acusação provar a tipicidade da conduta praticada pelo réu para que o mesmo seja condenado, inobstante haver dúvida razoável sobre uma excludente de antijuridicidade ou culpabilidade, pois tal dirimente decorreria de fato alegado pela defesa.

A dúvida sobre esta matéria defensiva não laboraria em favor do acusado, pois, como é sabido, a tipicidade é um indício da antijuridicidade, que seria presumida em face da ausência de prova em contrário.

Tal posicionamento é o mesmo que negar aplicação ao princípio *in dubio pro reo*, posto que a dúvida somente lhe favoreceria se estivesse relacionada com o fato que devesse ser provado pela acusação (tipicidade), havendo casos em que a dúvida seria favorável à defesa e outros em que seria favorável para a acusação.

Contudo, de acordo com o teor do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o ônus da prova é todo da acusação, seja em relação à demonstração da tipicidade da conduta praticada pelo réu, seja em relação à demonstração de que tal conduta não foi empreendida em nenhuma das circunstâncias excludentes de antijuridicidade e/ou culpabilidade.

Entende-se que esta forma de distribuir o ônus da prova na ação penal condenatória decorre de uma interpretação errônea da primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal, que dispõe: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”.

O dispositivo supramencionado determina o direcionamento imediato da doutrina para a bipartição do que deve ser alegado e provado pela acusação e do que deve ser alegado e provado pela defesa, que se traduz em um grande equívoco, pois a divisão da infração penal em elementos ou requisitos tem uma finalidade meramente metodológica na ciência penal.

O crime é um todo indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver sua pretensão acolhida se provar que o réu praticou uma conduta típica, antijurídica e culpável, sendo qualquer presunção, nesse particular, somente aceita se estiver expressamente determinado em lei.

Este entendimento coaduna-se perfeitamente com a norma constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, que veda a declaração de culpa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.2 Pressupostos da Prisão Preventiva

Estipula o art. 312, *in fine*, do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva só poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade delitiva) e indício suficiente de autoria, requisitos caracterizadores do *fumus boni iuris*.

A primeira exigência supracitada refere-se à materialidade delitiva, que prova, em regra, a ocorrência do fato criminoso (Laudo de Exame Cadavérico, Laudo de Conjunção Carnal, Laudo de Exame de Corpo de Delito, Laudo de Vistoria em Local de Acidente de Tráfego com Vítima Fatal, Laudo Toxicológico, etc.).

Vale destacar que nem sempre os crimes impescindem de laudos realizados pelos Institutos Médicos Legais ou pelos Institutos de Criminalística para a sua comprovação, pois, na maioria dos casos, há impossibilidade de sua realização pela própria natureza dos crimes, que não deixam sequer vestígios, como, por exemplo, o furto e o roubo, tipificados nos arts. 155 e 157 do Código Penal, respectivamente.

Dessa forma, exigindo o Código de Processo Penal prova da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência de ilícito penal, principalmente em se tratando de crimes que deixam vestígios, havendo possibilidade da realização de perícias pelos institutos supramencionados.

A segunda exigência citada ao final do art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva é indício suficiente de autoria, não sendo necessários que sejam indícios concludentes e unívocos, como se exige para a prolação da sentença condenatória.

A suficiência do indício de autoria para a decretação da prisão preventiva é verificação confiada ao prudente arbítrio do juiz, não existindo regras gerais ou padrões específicos que a definam, pois cada crime tem sua fisionomia própria e o magistrado, com o prudente arbítrio, somente no caso concreto poderá manifestar-se a respeito.

Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade do réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade (*in dubio pro societate*), e não do réu.

4.3 Fundamentos da Prisão Preventiva

Provada a existência do crime e havendo indício suficiente da autoria, requisitos caracterizadores do *fumus boni iuris*, passamos a análise do segundo e principal requisito das medidas cautelares, qual seja o *periculum in mora*.

De acordo com a primeira parte do art. 312 do Código de Processo Penal – CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, fundamentos que caracterizam o *periculum in mora*, não sendo necessária a coexistência de todos, mas tão-somente a presença de um deles.

É de se ressaltar que o rol de fundamentos previstos no diploma supracitado é exaustivo, tendo em vista que está se tratando de uma garantia individual prevista constitucionalmente, qual seja a liberdade humana, nada impedindo que uma reforma processual venha aumentar, ou até mesmo diminuir, este rol, muito embora não se constate nenhuma corrente nesse sentido.

Analisando a redação do art. 312 do CPP, verifica-se que a primeira providência caracterizadora do *fumus boni iuris* é a segurança social, ameaçada pela liberdade do acusado, tendo em vista que este é acentuadamente propenso à prática de crimes, fato este que pode ser depreendido pela sua folha de antecedentes, pelas certidões dos cartórios

distribuidores das justiças estadual, federal, eleitoral e militar, bem como pelos depoimentos carreados aos autos.

Muito embora não se tenha firmado na doutrina e na jurisprudência um conceito estratificado para a expressão garantia da ordem pública, a periculosidade do acusado tem sido apontada como o fato preponderante para a custódia cautelar com base nesse fundamento.

De certa forma, correta afigura-se a arguta advertência do eminente professor Weber Martins (1981, p.77), de que: “a decretação da medida como garantia da ordem pública não tem relação direta com o processo. Em vez disso, está voltada para a proteção de interesses estranhos a ele, tem nítidos traços de medida de segurança”.

Uma corrente bastante forte no nosso país defende que a prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública não se limitaria a prevenir a reprodução de crimes pelo acusado, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, tendo em vista a gravidade do crime e de sua repercussão na sociedade.

Contudo, a mais abalizada doutrina e jurisprudência já têm considerado que a gravidade do delito e a sua simples repercussão na população (clamor público), por si só, não bastam à decretação da custódia preventiva, pois não se pode confundir ordem pública com o estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado crime.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos: “A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva”¹.

A doutrina e a jurisprudência mais recentes têm, inclusive, asseverado que nem mesmo o fato de um crime ser definido como hediondo (que significa repugnância, brutalidade, sordidez, etc.) justificaria a prisão preventiva. Tal assertiva é tão facilmente vislumbrada pela própria Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), a qual teve revogado seu art. 2º, inciso II, pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que dispunha sobre a proibição de se conceder liberdade provisória para tais crimes.

Em segundo lugar, permite-se a prisão preventiva como garantia da ordem econômica, que, apesar de possuir pouca aplicabilidade no nosso país, há de ser analisada como qualquer outra, seja como forma de obter

¹ RT, 549/417.

conhecimento sobre a matéria (é de se registrar, muito pouco explorada doutrinariamente), seja como elemento indispensável do presente trabalho.

De acordo com o art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho 1994, que, dentre outras atribuições, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

Dessa forma, sempre que for cometido um crime que possa provocar os efeitos mencionados acima, caberá prisão preventiva com base na garantia da ordem econômica.

Cumprе ressaltar que, como falado anteriormente, a decretação da prisão preventiva com arrimo na garantia da ordem econômica é muito pouco utilizada no Brasil, fato que se dá porque os efeitos descritos no art. 20 da Lei nº 8.884/94 não são causados pelos crimes mais comuns ocorridos no nosso país, mas, tomando como exemplo, nos crimes previstos nas Leis nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, na Lei nº 1.521/51, que define crimes contra a economia popular, dentre outros.

O terceiro fundamento para a decretação da prisão preventiva é a conveniência da instrução criminal, que tem por objetivo impedir que o acusado perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos, etc.

Neste diapasão, cumpre lembrar que a instrução criminal encerra-se, no rito comum ordinário, na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, ou seja, na fase do requerimento de diligências. Dessa forma, descabe a manutenção e/ou a decretação da prisão preventiva com espeque na conveniência da instrução criminal, se esta já está encerrada.

Tal questão, inclusive, já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que editou a súmula 52, senão vejamos: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal² e o próprio STJ³ vêm amenizando tal entendimento, para reconhecer a presença de constrangimento ilegal, mesmo após o encerramento da instrução criminal, quando gritante o excesso de prazo, tendo em vista o princípio da razoabilidade (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) e para que a custódia preventiva não se transforme em execução provisória da pena, ainda que presentes os requisitos autorizadores da medida.

Finalmente, a conveniência da medida excepcional para asseguramento da regular instrução criminal vem atender à necessidade de afastar qualquer indevida ingerência do indiciado ou acusado na colheita de prova, procurando-se tutelar os próprios meios do processo.

O quarto e último fundamento para a decretação da prisão preventiva é para assegurar a aplicação da lei penal, que se verifica no caso de iminente fuga do acusado, inviabilizando a futura execução da pena, ou no caso do réu encontrar-se em local incerto e não sabido.

Tal fundamento tem por objetivo garantir a finalidade do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu *jus puniendi*, aplicando a repressão devida a quem é declarado culpado por um crime, pois não tem sentido o ajuizamento da ação penal, buscando respeitar o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico.

É de se ressaltar que, desde que a prisão preventiva se revele necessária, segundo os critérios adotados pelo Código de Processo Penal, não elidem a sua decretação as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida, de ter graduação ou de ter família, dentre outros de igual natureza.

4.4 Condições de Admissibilidade da Prisão Preventiva

O Código de Processo Penal, em seu art. 313, dispõe a respeito das condições de admissibilidade da prisão preventiva quando presentes os pressupostos e fundamentos mencionados nos tópicos anteriores. Para o

² HC nº 83.159, rel. min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ de 13-02-2004, p. 17.

³ RHC nº 20.566, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 25-06-2007, p. 300.

dispositivo retromencionado, ela é permitida na ocorrência de crimes dolosos: I – punidos com reclusão; II – punidos com detenção quando se apurar que o indiciado é vadio, ou havendo dúpuadio, ou havendo due o indiciado os nos itens anteriores. nte do a pretexto da convenitarda e torna incerta a aplicaçvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal (atual art. 64, inciso I, do mesmo diploma), ou seja, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação; e IV (inserido recentemente pela Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha) – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, visando garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Analisando a redação do dispositivo ora *sob foco*, constata-se claramente que o legislador infraconstitucional utilizou a palavra crime com o intuito de não se permitir a prisão preventiva em processo que se apura mera contravenção.

4.5 Condições de Inadmissibilidade da Prisão Preventiva

Por tudo que já foi exposto, pode-se inferir que preenchidos os pressupostos da prisão preventiva, um de seus fundamentos e uma de suas condições de admissibilidade, estariam supridos todos os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro prevê ainda algumas condições de inadmissibilidade para a decretação da prisão preventiva, excetuadas, obviamente, aquelas construídas jurisprudencialmente.

O art. 314 do CPP estipula que a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, incisos I, II e III, do Código Penal, referindo-se a lei às excludentes de antijuridicidade, ou seja, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, previstos agora no art. 23, I, II e III, também do Código Penal, diante da reforma imposta pela Lei nº 7.209, de 11

de julho de 1984. Assim, havendo elementos suficientes para afirmar que ocorre uma justificativa, não deve o juiz determinar a custódia.

O presidente da República, durante o seu mandato, não está sujeito a nenhum tipo de prisão provisória, dentre elas a preventiva, já que a Constituição Federal exige sentença condenatória (art. 86, § 3º).

Nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento das eleições, cumprir mandado de prisão preventiva contra qualquer eleitor, nos termos do art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, nada impedindo a sua decretação neste período.

4.6 A Motivação do Decreto de Prisão Preventiva

Estabelece o art. 315 do CPP: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”. Exige tal dispositivo que o juiz esclareça em sua decisão qual ou quais os fundamentos existentes para a decretação da excepcional medida que é a custódia preventiva, posto que sem sua exposição, há constrangimento ilegal à liberdade de locomoção que enseja, por falta de fundamentação ou sua deficiência, o deferimento do remédio heróico (habeas corpus).

A decisão de decretação da prisão preventiva deve conter, aliás, uma exposição fundada em dados concretos, não sendo bastante para legitimar a custódia a genérica referência às folhas dos autos, suposições negativas quanto ao caráter pessoal do acusado, ou, ainda, reduzir a mera transcrição da lei.

Neste diapasão, é necessário que se fundamente o decreto prisional em fatos concretos e não em meras suposições, dependendo de fundamentação adequada, inclusive, o despacho de prisão preventiva concomitante ao relaxamento da prisão em flagrante, ou de substituição da prisão temporária.

4.7 Revogação e Redecreção da Prisão Preventiva

A prisão preventiva apresenta o caráter *rebus sic stantibus*, podendo ser revogada conforme o estado da causa, segundo expressa disposição do art. 316 do Código de Processo Penal, o qual merece

transcrição, *litteris*: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Dessa forma, não mais presentes os fatores que recomendaram o ergástulo preventivo, não deve ser ele mantido só porque a autoria e a materialidade da infração estão suficientemente provadas. Assim, se a prisão foi decretada apenas para garantir a instrução criminal, finda esta, aquela não é mais necessária, impondo-se a revogação da medida.

4.8 Apresentação Espontânea

Segundo preceitua o art. 317 do Código de Processo Penal, a apresentação espontânea do acusado à autoridade, seja ela policial ou judiciária, não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza, tendo em vista que, se assim não fosse, se estaria, evidentemente, protegendo o criminoso astuto, que com esse expediente, se furtaria àquela medida.

Contudo, se deve considerar que a apresentação espontânea do acusado em juízo demonstra indícios que podem indicar a conveniência da revogação da custódia já decretada.

4.9 Detração Penal

O vocábulo detração, segundo o dicionário, indica o ato de detrair, isto é, de abater. Detração de pena, portanto, significa a diminuição do tempo da condenação, porque neste se computa ou a custódia processual ou o internamento em manicômio e hospital.

A prisão processual, em qualquer de suas modalidades, é computada na pena privativa de liberdade que for imposta ao condenado. As prisões preventiva ou provisória constituem providências de natureza cautelar destinadas a assegurar o cumprimento da lei e impedir que o *periculum in mora* torne ilusórias as cominações penais, inobstante, atingem elas o *status libertatis* do réu, pelo que padecem do mesmo caráter aflitivo das sanções impostas nas leis penais.

5 CONCLUSÃO

Com base no exposto, nota-se que a prisão preventiva é uma medida que somente deve ser tomada quando realmente imprescindível, ou seja, desde que preenchidos todos os requisitos previstos na legislação, os quais devem se basear em fatos concretos e não em conjecturas e ilações.

Máxime considerada por grande parte da doutrina como odiosa, porque antecipa o provável desfecho da ação penal, tal instituto sempre foi utilizado no Brasil, bem como em todos os outros países civilizados, sendo raro encontrar algum defensor da extinção da custódia preventiva.

No Brasil, se tem verificado ainda uma jurisprudência conservadora, que não se adaptou com a nova ordem jurídica instaurada com a Constituição Federal de 1988, influenciada principalmente pela crescente onda de criminalidade que assola nosso país, exigindo cada vez mais do Estado políticas públicas voltadas para o seu enfrentamento.

Não obstante, o magistrado não pode atuar imbuído pelo sentimento de insegurança e impunidade que reina no Brasil, utilizando do poder que possui para fazer sua justiça social, sob pena de desvirtuar o instituto da prisão preventiva, transmudando-a de prisão cautelar para antecipação da pena, como se tal fato fosse plenamente justificável pelo provável desfecho do processo.

Revela-se, assim, a prisão preventiva uma medida completamente adequada ao ordenamento jurídico pátrio. Todavia, não pode mais ser utilizada como outrora, em que o interesse privado era suprimido pelo público por mera presunção, como se o acusado, por tal condição, já fosse presumidamente culpado.

Dessa forma, verifica-se que a prisão preventiva no nosso país ainda trilhará passos tortuosos, os quais somente serão superados com o estudo do tema sem todo esse sentimentalismo que o envolve. Contudo, calha registrar já um grande avanço no assunto, principalmente no campo doutrinário, com a análise do tema sob o crivo constitucional.

REFERÊNCIAS

CALAMANDREI. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.** 1936.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Araújo; PELEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DE LUCCA, Giuseppe. **Lineamenti della tutela cautelare penale.** 1953.

DENTI, Vittorio. Sul concetto di funzione cautelares. In: _____. **Studi Giuridici in Memória di Pietro Ciapessoni.** 1948.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional.**

GEMAQUE, Sílvio Cezar Arouck. **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar.** São Paulo: RCS, 2006.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** 1956.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A VIDA

*Hérica Cunha de Carvalho Peres Soares**

Resumo: O presente artigo traz uma breve abordagem acerca da prescrição penal em relação aos crimes que causam a perda da vida humana. Defende-se a imprescritibilidade de tais delitos em virtude de se considerar a vida um bem jurídico superior a todos os demais.

Palavras-chave: Direito Penal. Prescrição. Crimes. Vida.

1 DA PRESCRIÇÃO PENAL EM LINHAS GERAIS

A preocupação do homem a respeito do tempo sempre existiu. É natural, pois, que a influência do tempo sobre as relações jurídicas seja considerada nas legislações dos mais diferentes povos, desde remotas eras. Por este motivo, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a prescrição penal. O instituto se faz necessário para não atribuir ao Estado um direito ilimitado de punir, sendo inconcebível perpetuar uma relação jurídica *ad aeternum*, salvo raríssimas exceções.

Constitui a prescrição penal um dos modos de extinção da punibilidade, prevista no Código Penal, art. 107, IV. De todas, é a que está ligada diretamente à ação estatal. Conforme este instituto penal, após o decurso de determinado lapso temporal, que varia de acordo com a pena máxima cominada ao crime (art. 109 do CP), o autor de um fato criminoso (se ainda não foi julgado e condenado), não poderá mais ser processado e/ou punido, isto é, “não terá mais nenhuma dívida com o Estado”.

O instituto teve origem no ensejo de impor ao Estado um termo legal que limitasse o seu direito de punir aos parâmetros da razão e da

* Assessora de Procuradora de Justiça do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Especializando em Direito Processual “Grandes Transformações” pela Universidade da Amazônia – UNAMA, em convênio com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

convivência. A pena só é legítima quando traduz o sentimento médio da coletividade, assim, insistir em apenar o delito cuja repercussão social diminuiu pelo esquecimento; criaria dentro do direito penal uma contradição entre seus fins teóricos e sua respectiva efetivação.

A maioria dos autores define a prescrição como a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, ou seja, pelo seu não exercício no prazo previsto em lei.

Cesare Bonesana, também conhecido como Marchesi di Beccaria (Marquês de Beccaria), sustenta que o prazo da prescrição deve ser proporcional à gravidade do delito: “nos delitos mais atrozes [...] deve crescer o prazo prescricional [...], mas nos delitos menores, sendo menor o dano da impunidade será menor o prazo da prescrição”. (BECCARIA, 1993, p. 73). Como se vê, nesta passagem da célebre obra que influenciou para sempre o direito penal, “Dos Delitos e das Penas”, escrita no século XVIII, mas de conteúdo sempre atual, Beccaria estabeleceu um interessante cotejo entre a gravidade dos crimes e a prescrição penal.

Para Cretella Júnior (1998), no Direito Romano os crimes de maior potencial ofensivo eram tidos por imprescritíveis, visto que a prescrição associava-se à idéia de perdão. Na doutrina pátria, também há delitos imprescritíveis, mas eles não correspondem aos mais graves ou hediondos, conforme será visto adiante.

Enfim, a prescrição tem por escopo amenizar a situação do réu, objetivando livrá-lo da punibilidade pelo decurso do tempo, marcado pela inércia de punir ou demora do Estado em exercer tal poder-dever. Logo, a prescrição é, ou, pelo menos, deveria ser um meio de viabilizar a justiça penal com a realidade.

2 DOS DELITOS IMPRESCRITÍVEIS

Na visão de Uadi Bulos (2000, p. 213):

Imprescritível é o delito em que se considera a inidoneidade ou ineficácia do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*, de que é detentor o Estado. Crime imprescritível, portanto, é aquele cuja sanção é perene, porque o Estado poderá punir o infrator a qualquer tempo.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, a prescrição é a regra. Entretanto, a CF/88 criou, no art. 5º, dois casos em que as pretensões punitiva e executória do Estado não são atingidas pela prescrição. São eles: o crime de racismo e infrações de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, previstos nos incisos XLII e XLIV, do art. 5º da CF/88, definidos pelas Leis nºs. 7716/89 e 9034/95, respectivamente.

Dispõe o art. 5º da Constituição Federal nos incisos XLII e XLIV, *in verbis*:

XLII – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...];

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

(...).

No conceito de Uadi Bulos (2000), racismo é todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e o patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor de pele, sexo, condição econômica, origem, etc.

A legislação infraconstitucional que define os crimes de racismo é a Lei n. 9459, de 13 de maio de 1997, que altera os arts. 1º e 20 da Lei n. 7716, de 05 de janeiro de 1989, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940.

Quanto às infrações de grupos armados, civis ou militares, estas estão tipificadas na Lei nº 7170/83 (Lei de Segurança Nacional).

Interpretando o inc. XLIV da Carta Magna, acima transcrito, leciona Uadi Bulos (2000, p. 128):

O assunto contido neste inciso, inexistente nas Constituições passadas, visa proteger a ordem

constitucional e o Estado Democrático. Ordem constitucional, no sentido de ordenamento jurídico, instituído pela manifestação constituinte originária de 1988. Estado Democrático, na acepção de Estado que se irmana com as liberdades públicas, em oposição ao Estado centralizador ou de polícia, opressor das garantias fundamentais do homem.

Em realidade, este dispositivo não constitui garantia para beneficiar, diretamente, o indivíduo, nem, tampouco, as coletividades. Vale lembrar, também, que as constituições anteriores a esta, preocuparam-se em preservar a ordem jurídica, mas não com esta riqueza enunciativa de hoje.

A partir de agora, comportamentos criminosos, deflagrados por ações agressivas provenientes de grupos armados, civis, ou militares, constituem atentados à República Federativa do Brasil, porque trazem a fleuma da ilicitude. Observe-se que o dispositivo nada dispôs sobre a legalidade ou ilegalidade dos grupos armados. Deixou tal aspecto implícito. Mencionou, unicamente, que as ações atentatórias, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, praticadas por grupos civis ou militares, constituem delito inafiançável e imprescritível.

Em verdade, o inciso XLIV da Lei Maior não é uma garantia para beneficiar de forma direta o indivíduo ou as coletividades, mas é altamente benéfico, mesmo que indiretamente, na medida em que contribui para a diminuição da impunidade neste tipo de crime tão comum hodiernamente, e que tem transmitido a terrível sensação de que o crime está mais organizado que o próprio Estado.

É muito justo que delitos perturbadores da ordem jurídica e social e opressores dos direitos fundamentais não estejam sujeitos ao *jus puniendi* do Estado por um tempo fixo e determinado. Contudo, a partir do momento em que a legislação brasileira atribuiu a certos crimes o condão de não se tornarem sujeitos à prescrição, delitos como o de racismo que podem ser considerados menos graves do que, por exemplo, um homicídio, nota-se um verdadeiro desprestígio dado à vida humana pelo legislador pátrio e um

autêntico absurdo jurídico, afrontador dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade, o que leva à seguinte conclusão: a lei brasileira tratará mais severamente uma pessoa se esta chamar um negro de “crioulinho!”, de modo pejorativo e ofensivo, do que se a mesma pessoa ceifar a vida do mesmo negro, posto que no primeiro caso, o crime não está sujeito ao tempo para julgamento e para aplicação da pena, e, no segundo, estará sujeito ao prazo máximo de 20 (vinte) anos para ser julgado e ter a pena aplicada.

Só que o racismo, por sua própria natureza, pode ser perfeitamente reparável tanto pela pena imposta ao seu autor, quanto aos danos causados à vítima, ao passo que no homicídio, nada que se faça poderá restituir à vítima seu bem jurídico maior, a sua vida.

No caso da prática de racismo, todos sabem que tais crimes são praticados a todo o momento, mas pouquíssimas vítimas demandam a punição de seus agressores por parte do Estado, geralmente porque nem sequer têm conhecimento de que foram vítimas de um crime ou temem que nem mesmo as autoridades dêem à devida importância ao delito. Portanto, o que o país realmente precisa com relação ao delito de racismo é de uma campanha de conscientização por parte do Poder Público, que mostre para a sociedade que esse tipo de crime existe, bem como punição efetiva para quem o praticue.

3 DOS DELITOS QUE NÃO DEVERIAM SER PASSÍVEIS DE PRESCRIÇÃO

A vida é um dos direitos fundamentais do indivíduo e o que se considera de maior importância porque a sua perda acarreta a extinção da personalidade jurídica, ou seja, sem ela o homem não é mais sujeito de direitos e obrigações. Deste modo, como explicar o fato de um crime de grande vulto e tão grave como o crime de homicídio, por exemplo, não figurar no direito brasileiro como um dos crimes imprescritíveis? Seria o delito de preconceito de raça mais importante que o de matar alguém?

O primeiro Título da Parte Especial do Código Penal, que é aquela que trata dos crimes em espécie, é o “Dos crimes contra a pessoa”, que se inicia com o capítulo “Dos crimes contra a vida”, o qual abrange nove artigos (arts. 121 a 129).

Na realidade, defende-se neste artigo a imprescritibilidade de todos os delitos que causam a perda da vida da vítima, elencados na legislação penal.

Contudo, os crimes que causam ou podem causar a morte da vítima não são somente os encontrados nos arts. 121 a 129 do Código Penal, já que outras figuras típicas que causam a supressão da vida humana não estão naquele capítulo do Código Repressor, por possuírem objeto jurídico complexo. É o caso do latrocínio e da extorsão mediante seqüestro quando resulta em morte. No primeiro, o objeto jurídico inclui patrimônio, posse, liberdade individual e integridade física. No segundo caso, constituem o objeto jurídico o patrimônio, a liberdade e a incolumidade pessoais. Em ambos, a supressão da vida da vítima constitui um “acidente” ou um meio para consumação da finalidade, de cunho material, almejada pelo agente. Deste modo, os fatos típicos estão divididos no Estatuto Penal levando-se em conta o objeto jurídico principal e não a gravidade dos crimes, posto que o legislador pátrio inseriu no capítulo “Dos crimes contra a vida” somente os delitos cujo dolo específico do agente é o de retirar a vida da vítima.

4 DO DIREITO À VIDA E SUA SUPREMACIA SOBRE TODOS OS DEMAIS BENS JURÍDICOS

A fim de demonstrar a importância da defesa da imprescritibilidade dos crimes que causam a perda do bem mais valioso de um ser, que é a vida, é imperioso se fazer uma abordagem sobre o conceito “vida” e o seu valor no meio jurídico e social.

Note-se que, por ser inato à natureza humana, o direito à vida é mais antigo, óbvio, do que a própria teoria dos direitos fundamentais, posto que o legislador constituinte preferiu insculpi-lo no art. 5º da Constituição Federal de 1988, antes de qualquer outro, tais como a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Vislumbra-se aqui, inequivocamente, a primazia que o legislador constitucional imprimiu ao direito à vida. Este se coloca à frente de outros, e, a *mens legislatoris*, afigura-se no sentido de que a vida humana seja considerada um ponto central equidistante em relação aos demais direitos. Um eixo do qual emanam todos os outros.

O direito à vida é inviolável e ninguém poderá ser privado do mesmo, sob pena de responsabilização criminal. Esta inviolabilidade está assegurada na CF/88, no art. 5º, e ainda pelo Código Penal, o qual prevê sanções para o indivíduo que desconsidere tal direito.

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum bem mais valorado e mais fortemente tutelado que a vida. Inescondível, portanto, que o objeto da tutela constitucional é a vida humana, levando José Afonso da Silva a pontificar que “por isso é que ela constitui a fonte primária de outros bens jurídicos”. (SILVA, 2000, p. 200).

A vida é o centro gravitacional sobre o qual orbitam todos os outros direitos do gênero humano. Em consequência, temos que do asseguramento do direito à vida defluem todas as outras situações, quer sejam jurídicas, políticas, econômicas, morais ou religiosas do homem. Assim, de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana no mais importante desses direitos.

Com efeito, a guardida ao direito à vida deve ser sempre merecedora de especial atenção na sua positivação no ordenamento jurídico.

E, saindo do plano jurídico, passando para o plano prático, nada existe que uma pessoa valorize mais do que a sua vida, desde o habitante dos sertões nordestinos, que luta por um pouco de água no período das secas para garantir sua subsistência, até o mais abastado dos homens, que coloca à sua disposição verdadeiros “exércitos” particulares, carros blindados etc, tudo para preservar a sua vida e a dos seus familiares em cidades violentas.

Então, como justificar que um delito como o de racismo, que por mais grave a forma com que seja praticado, apenas poderá afetar a honra e a dignidade da vítima, ou quando muito, trazer-lhe sofrimento psíquico, ou trazer-lhe prejuízos materiais quando implicar em preterição, não fique sujeito ao tempo para seu processamento e sua apenação, enquanto que delitos que ceifam a vida das vítimas, causando revoltas e desordens familiares dos mais diversos tipos, fiquem submetidos ao prazo prescricional para julgamento e cumprimento de pena?

Não fosse apenas por questão de lógica, nota-se que até mesmo por questões processuais, tal distinção não se justifica. É que por sua natureza, nos delitos de racismo geralmente a autoria está certa e caracterizada pela

própria consumação do delito, ou seja, para que alguém seja vítima de racismo, muito provavelmente o autor da prática será conhecido. Isso faz com que, em princípio, não haja grande problemática para a persecução penal, senão quanto à materialidade do delito.

Por outro lado, nos crimes de estupro seguido de morte e seqüestro seguido de morte, o grande óbice encontrado pela polícia para sua investigação reside justamente na questão da autoria. Na grande maioria desses delitos, como perpetrados longe da vista de terceiros, fica bastante dificultado o trabalho investigatório, ocasionando, não raras vezes, a insuficiência de provas da autoria.

Muitas vezes, também, somente após muito tempo é que surgem provas que possam ser aproveitadas, até mesmo pela evolução da ciência e dos métodos de investigações. Quantos delitos dessa natureza, hoje já prescritos, não poderiam ser solucionados hodiernamente com um simples exame de DNA, que há vinte anos atrás não era disponível? Não é à toa que proliferam nos canais de televisão, aberta e fechada, séries cujo tema principal versa sobre o que a ciência pode fazer para elucidar a autoria de crimes contra a vida em casos já arquivados há muitos anos por falta de solução decorrente da ausência de aparato tecnológico e/ou científico na época em que os crimes aconteceram.

De qualquer modo, é indiscutível a presunção de que, em virtude do avanço tecnológico e científico, um delito que não pode ser resolvido hoje, poderá sê-lo daqui a vinte anos (prazo prescricional máximo do crime de homicídio) e, certamente, quando se trata de crime contra a vida, não bastam vinte ou trinta anos para que uma família “se esqueça” que perdeu um ente querido. Cite-se o recente caso que chocou o país, a morte do menino João Hélio, que foi trucidado em ruas do Rio de Janeiro. Se um dos autores do delito tivesse conseguido tomar rumo ignorado e só reaparecesse após transcorridos vinte anos e um dia, em relação a este, o delito estaria prescrito. Seria justo o Estado não mais poder exercer seu *jus puniendi*? A sede por justiça dos pais do garoto teria arrefecido? É certo que não.

Tudo que uma pessoa tem perde o valor e perde o sentido, quando ela perde sua vida. Por isso, sendo a vida o bem principal de qualquer pessoa, o primeiro valor moral de todos os seres humanos, propõe-se que a legislação penal brasileira valorize precipuamente, através de seus dispositivos, o direito fundamental à vida. E uma das formas para se alcançar este desiderato, é

tornar imprescritíveis os crimes que, por sua natureza, extinguem a vida humana, principalmente os que provocam maior ojeriza, a exemplo dos crimes hediondos com resultado morte.

Assim, devido a patente superioridade da vida humana frente a outros valores como os de igualdade e liberdade, e pela comoção social advinda da gravidade dos crimes contra a vida, estes deveriam ser tornados imprescritíveis.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório de Angelis. Bauru (SP): EDIPRO, 1993.

BRASIL. Legislação federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRETELA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA REAL APLICAÇÃO

*Hilton Araújo de Melo**

Resumo: Analisa-se o princípio da presunção de inocência, a partir de sua conceituação doutrinária e de suas principais características apresentadas ao longo da História, em especial, os seus elementos e aspectos que fazem surgir diferentes abordagens para o referido princípio, estando todas estas em plena consonância com o objetivo maior a ser almejado: a liberdade individual. Explana-se sobre o princípio com o seu contexto atual, diante da atual escalada ao crime que assola a sociedade, onde se busca a solução do conflito penal através de meios como o recrudescimento do trato dos indivíduos acusados da prática de delitos, o que vem colocando em risco uma série de instrumentos garantistas alcançados após inúmeras batalhas. Enfoca-se, ainda, o compromisso com a ética e com os deveres cívicos, imprescindível para vermos aplicado o princípio segundo as diretrizes da ordem constitucional vigente.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência. Relativização.

1 INTRODUÇÃO

A atenção que se vem depositando no estudo dos direitos fundamentais é cada vez mais significativa. O tema, dado seu grau de cientificidade, pode estar distante do grande público, mas encontra concentrados e proveitosos diagnósticos nas melhores academias e tribunais. Dentro dessa cadeia de estudos, destaque-se a construção de um processo que tenta ser cada vez mais garantista, capaz de preservar o indivíduo, de forma que este possa sair ileso de qualquer procedimento promovido pelo Estado contra sua pessoa, não se atingindo assim a sua honra, sua liberdade ou o seu patrimônio.

* Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

O atuar do Estado, historicamente, é marcado por sua predisposição inquisitória, sempre tendendo a desconsiderar tudo o que o processo possa vir a gerar contra o indivíduo, em prol de fazer valer a supremacia relativa ao interesse que inicialmente defende: o público. Quando promove qualquer ação contra o homem comum, o Estado está ali representando toda a comunidade, com todo o seu anseio por uma justiça célere e eficaz. Facilmente se percebe que os motivos que movem a máquina pública e seus agentes são inteiramente legítimos, no entanto, tudo isto não exclui a necessidade de se estabelecer freios a essa atuação, a fim de proteger a própria sociedade contra injustiças.

O limite desta atuação serve precisamente aos interesses da própria coletividade, que pode vir a sentir, um dia, todas as conseqüências de uma conduta imprudente e temerária por parte do Estado. Conjunto singular que é, a coletividade se faz pela complexa aglomeração de indivíduos, que se consideram por si como unidades independentes, estando todos os indivíduos perfeitamente sujeitos a procedimentos individualizados, não gozando do manto que tutela os direitos dos homens constituídos em organização.

O princípio da presunção da inocência se apresenta como de fundamental importância nessa busca do processo garantista. No Brasil, erigido que foi à categoria de princípio pela Constituição Federal em 1988, representa expressamente uma escolha do constituinte. Trata-se da consideração maior despendida sobre o indivíduo, em que politicamente se escolheu como prioridade a proteção da pessoa humana, que sempre deverá ser submetida ao devido processo legal antes de vir a sofrer qualquer restrição em sua liberdade individual.

Ao longo do tempo, no entanto, o famoso *in dubio pro reo*, expressão que marcou o início da mudança de pensamento, sofreu relativizações. Por vezes, o demasiado apego ao sentido literal da expressão resultou em abusos, os quais despertaram a comunidade acadêmica na busca do meio-termo, de modo que fosse possível dosar, de forma mais cautelosa, toda a carga liberal que o princípio, a priori, indica.

O que se vem a seguir é um levantamento criterioso sobre os argumentos que sustentam incondicionalmente tal princípio e sobre os que o apresentam mais restritivamente, ou de forma mitigada, diante de visões múltiplas, que percorrem todas as correntes doutrinárias a respeito da matéria.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Embora a máxima do *in dubio pro reo*, que é um dos aspectos da presunção de inocência, tenha suas raízes na Roma Antiga, especialmente diante da influência do cristianismo, foi na História Ocidental mais recente que a presunção de inocência encontrou seu primeiro destaque histórico: o Iluminismo do século XVIII. Tratou-se de um período em que na Europa se estabeleceu grandes mudanças políticas e sociais. A população promovia uma série de rebeliões em protesto ao falido sistema feudal, o que acabou culminando no nascimento do Estado moderno, em que o poder político foi transmitido para outros setores da sociedade com a promessa de se inaugurar uma nova ordem social, comprometida com a fundação de uma relação mais protetiva em relação ao indivíduo.

O maior destaque desse momento histórico foi, sem dúvida, a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ocorrida em plena Revolução Francesa, pela qual se estabelecia que o homem não poderia ser mais tratado como culpado antes que uma sentença final condenatória assim o fizesse. O processo até então era marcadamente inquisitório, de origem romano-germânica, em que o acusado era desprovido de garantias que sustentassem seu *jus libertatis* no decorrer dos procedimentos investigatórios.

A segunda metade do século XVIII foi marcada por esta onda reformista que buscava reestruturar o sistema político e reposicionar os estratos sociais. Dessas mudanças emergiu conjuntamente uma nova reflexão a respeito do processo penal. Algo precisava ser feito para combater os abusos cometidos no exercício do poder de punir do Estado, que o exercia de forma exclusiva tendo sido este poder concedido ao mesmo legitimamente.

A arbitrariedade que marcava a atuação do Estado no desvendar dos crimes colocava o indivíduo em situações que se assemelhavam à própria pena, sem que sequer houvesse um maior labor na apuração da existência ou dos indícios da autoria. A pena era então cumprida bem antes de qualquer condenação, resultando em revoltas pessoais muitas vezes incorrigíveis. O processo pesava na vida do indivíduo acusado

impossibilitando-o de tocar normalmente seus negócios ou de bem relacionar-se com seus próximos.

Vejamos o que nos ensina o ilustre professor Bento (2007, p. 31), *in verbis*:

Ao contrário dos ditames constitucionais existentes no Estado Democrático de Direito atual, existia a presunção de culpabilidade, onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere.(...) havendo uma completa inexistência da paridade de armas entre acusação e defesa, violação do devido processo legal, olvidando, assim, a presunção de inocência.

Com a Revolução Francesa, o pensamento liberal aflora, e com ele cresce a idéia de sustentação de uma segurança jurídica para o indivíduo. A desigualdade entre as camadas sociais era patente, com distribuição de privilégios somente a poucos, relegando a imensa maioria a uma realidade distante de uma existência digna e respeitável. A distribuição de direitos acompanhava a distribuição de renda, de modo a só conferir aqueles a quem comprovadamente detinha poder econômico. A existência de duas justiças punitivas frustrava qualquer ideal de igualdade, ensejando assim, profundas mudanças no processo penal.

No afimco de se consolidar essas conquistas, em 1789 foi proclamada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Direitos como a liberdade, a igualdade e propriedade foram elencados e considerados naturais e insuscetíveis de serem desrespeitados, mesmo que pelo Estado. Os interesses do Estado sofriam então, sérias limitações, não podendo invadir a órbita do indivíduo, possuidor de direitos que podiam fazer frente a qualquer poder.

Em seu artigo nono, se diz que:

Article 9 - Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait

pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. (Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei).

Esse artigo foi a primeira atuação concreta no processo de positivação da presunção de inocência, tendo o povo francês repellido, em definitivo, a presunção de culpabilidade que vigorava outrora. E essa positivação agiu como clara demonstração do repúdio contra os abusos, entre os quais destacamos o uso da tortura como forma de obtenção da confissão e o poder absoluto concedido ao juiz e aos órgãos de investigação.

A partir dessa formulação, se consolidou o fim do processo baseado nos suplícios de origem medieval. As restrições dos direitos dos acusados ficaram limitadas, só podendo ser invocadas em situações excepcionais, como forma de garantir a manutenção de uma ordem flagrantemente ameaça pelo acusado. O *jus puniendi* do Estado foi tosado perante o avanço do pensamento liberal, responsável pela exaltação da liberdade individual, tendo como um de seus princípios a presunção de inocência.

O processo penal respondeu a estas novas demandas segregando duas forças processuais que antes se acumulavam nas mesmas mãos: a de acusar e a de julgar. O juiz inquisidor era responsável pelas soluções dos processos que lhe eram apresentados desde o momento da apuração e acusação até à estipulação da pena e suas formas de execução. Ele perseguia todas as provas, instruindo as peças que serviriam na construção da convicção sobre os acontecidos que envolviam um crime. O prejuízo sofrido no processo de julgamento era patente. Ao juiz não era possível a valoração subjetiva das provas trazidas ao processo, pois já que produtor das mesmas, não mais haveria espaço para novas concepções a respeito dos fatos. Restava assim, uma única operação matemática ao julgador, culminando na absolvição ou condenação sumária do acusado.

A aplicação da presunção de inocência restou também prevista nas reformas legislativas desenvolvidas na segunda metade do século XVIII, contando com a celebrada obra de Marquês de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, para a concretização dos novos ideais liberais que promoviam a presunção de inocência.

Os fundamentos expostos por Beccaria em sua obra serviram como catalisadores no processo de mudanças e rapidamente se difundiram por toda a Europa. Instrumentos como a tortura foram formalmente banidos e a pena de morte passou a não mais prever os suplícios que buscavam confissões ou delações. A principal colaboração de Beccaria, no entanto, foi na influência manifesta na redação do artigo que trata da presunção de inocência na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, prevendo que a declaração de culpa é a única que pode elidir a presunção de inocência do acusado. E tal declaração só pode ser alcançada através da sentença judicial condenatória.

Neste momento se estabeleceram novas condições para que se procedesse à privação de liberdade do acusado, cabendo tal medida apenas em situações extremas onde o interesse público justificasse e a lei contemplasse a hipótese, frente aos pressupostos apresentados.

Enfim, esse movimento reformista buscou, em síntese, proteger a figura do acusado enquanto durasse o processo instaurado contra ele, limitando a atuação do Estado de forma a não permitir abusos no exercício do *jus puniendi* que é legitimamente, e exclusivamente, concedido ao mesmo. O homem só passaria a ser considerado culpado com uma declaração oficial, proferida pelo poder competente, para só então permitir a instauração de qualquer punição. O pensamento liberal despertou toda essa preocupação com o indivíduo, que a partir de então passou a gozar de certas garantias, que o permitia, inclusive, impô-las frente a quem quer que fosse.

2.2 A Declaração Universal de Direitos do Homem

O mundo se encontrava devastado pela guerra, que não havia poupado nenhum continente, e a sua população ainda estava horrorizada com tantos desrespeitos à pessoa humana, na ocasião em que as nações vencedoras promoveram uma Assembléia Geral, que teve como destaque o lançamento de uma declaração mundialmente publicada e difundida. Os direitos humanos foram discutidos de forma prioritária pelos governos, e os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do respeito às diferenças serviram de balizas para a redação da declaração emitida ao final da Assembléia.

A Declaração tentou inicialmente ratificar os preceitos estabelecidos pela Revolução Francesa de 1789, de modo a se exaltar em vozes mais fortes os princípios lançados pelos revolucionários como o da igualdade, da liberdade e fraternidade entre os homens. Eram, assim, como exigências básicas de respeito à dignidade do próprio homem.

O preâmbulo da Declaração assim nos informa sobre seus objetivos:

A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, tendo sempre em mente esta declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Mais adiante, em seu décimo primeiro artigo, está posto, *in verbis*: “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

O artigo da declaração elenca claramente o direito do acusado de ser presumidamente inocente até a sentença final, ao devido processo legal, ao julgamento público e à plenitude de defesa. O texto tenta despersonalizar a tendência para o uso de violência processual sem legitimidade, apresentando a presunção de inocência como vital mecanismo protetivo ao cidadão frente ao arbítrio tantas vezes apresentado pelo Estado na condução de um processo. Quando se presume a inocência, antes se está despersonalizando o acusado, sendo, além dele, muito mais a sociedade o real sujeito desta proteção.

Bento (2007, p. 41) nos traz algumas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho, que, em crítica de relevante valor a respeito da Declaração Universal de Direitos do Homem, nos colocou as seguintes idéias sobre a presunção de inocência:

Dentre os direitos afirmados na Declaração Universal, incluem-se diversas disposições relativas às garantias do ‘justo processo’ e, especialmente quanto ao processo criminal, a do artigo 11,1, segundo a qual ‘toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.

A grande novidade trazida pela Assembléia não foi exatamente o pensamento vanguardista exposto na redação da Declaração Universal de Direitos do Homem. Foi, sim, a reunião promovida, capaz de produzir determinado grau de unidade entre os países que a subscreveram. Diante dos progressos conquistados na Assembléia, cada nação buscou se adaptar ao máximo aos novos tempos, e com isso o estudo e desenvolvimento dos direitos humanos encontraram fértil espaço. A nova interpretação sobre a presunção de inocência, ultrapassando a já antiga concepção fascista do preceito, começou a ser implementada nos ordenamentos, notadamente dos países ocidentais, onde o contexto histórico e político se apresentavam mais maleáveis e as populações mais clementes por mudanças.

A construção de novos princípios garantidores passou a ser tamanha que alguns começavam a apresentar aparentes conflitos, fruto da confusão de interesses individuais opostos, ou entre estes e os públicos, o que incentivou o desenvolvimento do estudo da relativização dos princípios postos, de modo que, somente da combinação e valoração dos mesmos é que se poderia chegar à resposta justa provida pelo ordenamento jurídico posto.

No caso da presunção de inocência, sua interpretação construída pela declaração teve o condão de atuar dentro do processo, se reconhecendo unicamente à acusação a tarefa de provar o que se sustentou na denúncia, não se podendo obrigar ninguém a produzir prova contra si. Consigne-se aqui que, embora o acusado não precise colaborar para que se produza prova que lhe é contrária, é perfeitamente possível que atue positivamente dentro do processo de modo a lançar nos autos prova de sua inocência.

Nos Estados Unidos da América se afirmou desde sua famosa quinta emenda constitucional que o acusado tem o direito de não produzir prova contra sua defesa, confirmando o direito ao silêncio. Na Inglaterra, igual preceito rege o seu direito costumeiro, de forma a podermos observar que este desdobramento da presunção de inocência encontra plena aplicação também em países usuários do *common law*.

O magistrado que sentencia diante deste novo significado da presunção de inocência só poderá condenar se não lhe houver qualquer resquício de dúvida. Na hipótese de se cogitar, por mais improvável que seja a inocência do acusado, outra não será a sentença senão a que absolve, muito se assemelhando à velha máxima romana *in dubio pro reo*, restando como verdadeiro corolário processual que a dúvida deve beneficiar o acusado, não cabendo a este a tomada de providências que possibilitem o desvendamento de determinado delito.

Acompanhando estes avanços no campo principiológico, as legislações passaram a ter positivada a presença de determinados institutos que visavam dar maior segurança jurídica. E, quando previstos solenemente nos ordenamentos, foi possível ver uma intensificação generalizada criada por grupos sociais em que se cobrava agora a efetivação dos mesmos nas matérias mais abandonadas pelo Estado, no que concerne aos direitos humanos, transformando o assunto em uma questão que ultrapassa os limites do direito, adentrando os da política. A respeito da questão, advertia Bobbio (1992, p. 43): “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

A Declaração serviu então para o processo de formação de uma tutela jurisdicional mais garantista dos direitos individuais do homem, se assegurando não somente letras legais bem desenvolvidas, mas se preocupando com a eficiência do sistema processual aplicado em cada uma das nações subscreventes. Os direitos afirmados ali indicam uma meta para todos os signatários, que devem promover sua plena efetivação não apenas suprimindo todas as formas de opressão, mas também possibilitando a criação de uma consciência positiva de valorização e proteção dos direitos humanos.

3 A ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988 E A ELEVAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À CATEGORIA DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

As Nações Unidas estavam empenhadas, desde a década de 50, em fazer valer os postulados da Declaração Universal dos Direitos do Homem; contudo, diversos países tardaram, e muito, até começarem a positivizar tais enunciados em seus ordenamentos jurídicos, estando o Brasil entre as nações que ignoraram por mais longo período os seus preceitos.

Somente com o enfraquecimento do Regime Militar, decorrente da atuação de diversos grupos sociais defensores dos direitos humanos, é que se passou a respeitar em maior escala os direitos e garantias individuais. Instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e o próprio partido Movimento Democrático Brasileiro (MDB) se destacaram dentro do processo de transição política, que possibilitou até mesmo certa liberdade moderada a uma oposição que se encontrava até então completamente tolhida. O que se viu no Brasil, na década de 1980, foi um período de transição entre o autoritarismo militar e a democracia participativa. Vejamos então, em breves linhas, o contexto histórico que proporcionou essa mudança radical em nosso ordenamento, culminando com a promulgação da atual Carta Política do país.

Um dos primeiros passos da transição se deu quando se decidiu anistiar os fatos criminosos que marcaram os piores dias da ditadura. A Anistia Política foi concedida no governo do General João Batista Figueiredo e representou a liberdade para as vítimas, que puderam retomar suas antigas vidas, mas com um preço caro: a conseqüente impunidade dos culpados.

Apesar de não ter posto um fim definitivo aos abusos cometidos pelo Estado frente aos direitos e liberdades individuais, a Anistia representou uma grande conquista ao cidadão, já que demonstrava claramente o momento de flexibilização em que o país se encontrava.

Esse espírito cultivado pela população possibilitou a discussão sobre o restabelecimento dos direitos e das garantias individuais que por tanto tempo estiveram abandonados à prática comum do Estado. Essas transformações proporcionaram a elevação das expectativas do povo, que sonhava com o breve retorno à democracia.

Diante deste cenário de mudanças, sensível foi a necessidade de criação de uma nova Constituição. Era preciso um documento que fosse capaz de enterrar por completo o ordenamento opressivo e arbitrário operacionalizado pelos militares, possibilitando assim, a consagração do direito de liberdade do indivíduo. Toda essa atmosfera propiciaria logo a designação de um colégio eleitoral específico para esse fim.

O então presidente José Sarney, que havia assumido em virtude do falecimento de Tancredo Neves, apesar de ainda carregar o peso de não ter sido posto no poder pela legitimidade do voto popular direto, comandou o governo de transição para o regime democrático, tendo como ápice a promulgação da Constituição Federal em 1988.

A nova Constituição era vista como essencial para a superação do arcabouço legislativo desenvolvido pelo governo autoritário de outrora, haja vista que o processo de elaboração do texto constitucional colocaria em discussão toda a estrutura posta pelos governos militares, bem como seus princípios norteadores. Era muito transparente o anseio da população de estruturar o Brasil como um Estado Democrático de Direito, em que fosse possível o respeito à pluralidade de valores e interesses insurgentes na nação.

Na tentativa de se criar uma melhor orientação para o projeto da Assembléia Constituinte, José Sarney designou o constitucionalista Afonso Arinos para a formulação de um anteprojeto, que, no entanto não chegou a vingar. Entretanto, vale a pena observar, para os fins deste trabalho, que o texto final de Afonso Arinos continha linhas sobre a presunção de inocência no capítulo dos direitos e garantias, nestes termos: “Art. 43- Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos previstos em lei...(...) §7º- Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa”.

A preocupação sobre o tema era patente. Se por um lado se desejava livrar o indivíduo das amarras de um Estado opressor, por outro, tentava-se estabelecer um parâmetro a fim de se evitar excessos protecionistas contra verdadeiros culpados. O resultado dos estudos de Arinos, em consonância com o resto da doutrina nacional, foi a construção de um pensamento sem subterfúgio: a presunção que pairava sobre o acusado era a de ser sempre inocente até que sentença judicial declarasse o contrário. A única crítica que se assolou sobre a redação de Arinos foi a de não especificar

o momento da declaração da sentença como sendo o da declaração definitiva proferida pelo poder judiciário, já transitada em julgado.

O direito internacional, no que se refere às liberdades individuais se encontrava bastante evoluído, com claras demonstrações por parte dos Estados de respeito com o indivíduo, e chegava a hora do Brasil expor sua posição, mesmo que tardiamente, de igual garantidor dos direitos e garantias do cidadão.

Esse cenário foi que desencadeou a elevação da presunção de inocência, entre nós, à categoria de princípio constitucional, tendo sido previsto no capítulo dos Direitos e Deveres individuais e Coletivos, o que conjuntamente com outros importantes avanços contribuiu para a limitação do poder punitivo do Estado. Sobre o processo de inserção do tema na Constituição nos conta Camargo (2005, p. 235-236):

A primeira redação da presunção de inocência surgiu no parecer da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a qual, ainda destituída de uma técnica mais apurada, professou que: “Considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Depois (...) optou-se por uma linguagem mais cuidadosa, de acordo com a própria natureza do preceito: “Presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Acontece que muitos parlamentares ainda enxergavam um paradoxo na forma de tratamento dispensada sobre o acusado. Para eles, não haveria como considerar plenamente inocente uma pessoa que fora formalmente acusada pelo próprio poder público, que age imparcialmente e com a devida cautela quando acusa alguém de ter cometido algum crime. Havia uma forte resistência em se aceitar a presunção de inocência em sua plenitude, revelando o grau de ignorância que muitos estudiosos detinham a respeito do pensamento humanista presente no direito internacional. Disso resultou mais uma emenda, de autoria do deputado José Ignácio Ferreira, bem mais conservadora, abandonando-se a premissa basilar do texto originalmente discutido que era a de considerar o acusado inocente desde o início do processo, acatando-se por inteiro o texto disposto na constituição

italiana sobre a condição de não-culpabilidade do investigado, ainda fruto da ideologia técnico-jurídica das escolas italianas. Assim, o texto aprovado pela Assembléia acabou estabelecendo em seu inciso cinquenta e sete do artigo quinto que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A Constituição Italiana foi nitidamente copiada pela brasileira, que igualmente dispõe em seu art. 27: “L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

No dispositivo constitucional brasileiro, a presunção de inocência não está descrita de forma expressa, demonstrando uma lacuna quanto à verdadeira amplitude da presunção de inocência, filiando-se aos padrões estabelecidos na Constituição Italiana, que não menciona a presunção de inocência e a necessidade da celeridade dos procedimentos criminais. (BENTO, 2007).

O pensamento de Manzini, exposto na constituição italiana, levava todos à crença imediata de que o processo não tinha precipuamente a tarefa de proteger o indivíduo, mas sim de instrumentalizar o Estado na busca por um processo eficiente, capaz de produzir prova definitiva de culpa do acusado, não coincidindo com a vanguarda do pensamento que orientava o projeto da nossa constituição.

Aqui no Brasil, destaca-se o entendimento divergente do professor Rangel (2003, p. 24), para quem, *in verbis*:

A constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art.5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza de culpa, outra, bem diferente, é a presunção de culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

Hoje em dia, até mesmo na Itália, o pensamento de Manzini mostra-se ultrapassado; a doutrina mais autorizada não concebe mais a perda da condição de inocente por parte do acusado durante o processo. O vocábulo usado na Itália representa, igualmente, a figura do sujeito acusado, não deixando de ser considerado inocente pelo simples fato de o texto o abordar como não culpado, não havendo, assim, distinção sensível entre inocência

presumida e não culpabilidade, devendo o Estado garantir sempre o gozo ao indivíduo de seus direitos e garantias, durante o processo.

Notou-se no Brasil, ao tempo da Assembléia Constituinte de 1988, um determinado receio por parte dos parlamentares no uso do vocábulo inocente. Talvez esse comportamento não tenha passado de um reflexo da triste realidade de que o Brasil havia saído há tão pouco tempo, mas enganaram-se os que achavam que esta simples troca de texto resultaria em uma redução das garantias desenhadas pelo novo ordenamento. Para se entender desta maneira, não se precisaria ir muito longe, sendo de fácil constatação no restante do capítulo em que fora inserida a presunção de inocência que a proteção do indivíduo, frente ao comportamento arbitrário do Estado, era prioridade no projeto de sociedade que se formalizava àquela época.

Para o aclamado professor Mirabete (2004, p. 45), afinado com o pensamento dos responsáveis pelo texto presente em nossa Constituição, o termo não culpado é produto dessa discussão sobre os novos limites da presunção de inocência que deveria pairar sobre o acusado:

De tempos para cá, entretanto, passou-se a questionar tal princípio, que, levado às últimas conseqüências, não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Por que admitir-se um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta (*juris et de jure*) a sentença irrecurável não a pode eliminar; se trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão definitiva.

O que se percebe bem é que a Carta Nacional teve forte influência das Escolas Penais Italianas, mas estas não refletiam bem o entendimento já dominante da época, no que concerne à esperada observância da presunção de inocência, que pedia claramente no sentido de abolir qualquer julgamento prévio sobre o acusado dentro do processo penal, devendo este carregar a condição de inocente até à sentença definitiva que viesse a condená-lo.

Outra importante consideração, que neste trabalho não poderíamos ignorar, diz respeito ao termo “ninguém”, usado pelo constituinte no inciso LVII do artigo quinto da Constituição Federal. Foi utilizado o termo “ninguém” ao invés de “nenhum cidadão”, o que demonstra muito claramente o intento do constituinte de prover uma Carta Política que se preocupe com o Homem indistintamente, não interessando verificar sua nacionalidade, ou se se trata de portador de direitos políticos ou cívicos à época em que figurar como acusado em um processo.

Resumindo o papel que a Constituição Federal de 1988 teve em relação à presunção de inocência, certamente caberia a nós ressaltar a condição de princípio a que esta foi elevada, estando contida em capítulo estratégico concernente às garantias individuais imutáveis da Carta Política. Nosso trabalho, nos capítulos seguintes, tentará abordar os vários aspectos de entendimento que este princípio constitucional que é a presunção de inocência pode vir a possuir, seja na doutrina ou na jurisprudência, com destaque à regra de tratamento que o nosso ordenamento jurídico dispensa ao acusado antes, durante e após o processo. Esses aspectos, conforme se verá, interagem uns com os outros a fim de tutelar o indivíduo submetido à perseguição estatal, evitando arbitrariedades no uso do poder repressivo por parte das autoridades envolvidas no processo.

4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O TRATAMENTO CONCEITUAL DO ACUSADO

O processo vem sendo cada vez mais objeto do interesse da opinião pública. A mídia, acompanhando este interesse, desenvolve suas atividades com uma forte preocupação no sentido de cobrir todos os delitos ocorridos no seio da sociedade e as formas de que o Estado vem se utilizando na tentativa de punir os culpados e coibir novas ocorrências.

O que muito impressiona é a forma como os jornais abordam o tema da criminalidade, dando uma conotação de que a realidade é quase que tão somente aquilo, deixando transparecer que o mundo está tão tomado pelo crime que não há espaço para se apresentar boas ações. A mídia costura uma impressão sobre a vida nas mentes dos que a acompanha sugerindo que neste mundo só se produzem delitos. A possível razão para essa abordagem tão agressiva dos fatos criminosos talvez seja encontrada na

própria natureza humana, em que encontramos um sentimento que destaca os fatos distantes da nossa realidade mais próxima como sendo fatos de grande importância. O que é exótico, estranho à realidade, acaba se destacando. Seguindo as lições do mestre Carnelutti (2006, p. 7):

O que ocorre é que os delitos assemelham-se às papoulas, que quando há uma em um campo, todas se dão conta dela; e as boas ações se ocultam, como as violetas entre as ervas do prado. Se os jornais se ocupam com tanta assiduidade dos delitos e dos processos penais, é porque a gente se interessa muito por eles; sobre os processos penais chamados célebres, lança-se avidamente a curiosidade do público.

Quase como um entretenimento, o acompanhamento dos trâmites processuais, com todos os excêntricos procedimentos de capturas, combates e enclausuramentos, instiga a população a procurar saber mais e mais sobre os que são acusados de cometer crimes. Como em um espetáculo de cinema, o homem sujeito a esse tipo de tratamento por parte do Estado ganha um status muito peculiar em sua comunidade. O acusado parece ser uma estrela, chegando a gozar de muita fama e de um questionável prestígio, tudo em decorrência do drama penal que protagoniza, em muito parecido com os circos de gladiadores do Mundo Antigo, em que selvagememente homens eram entregues a uma carnificina irracional.

O acusado recebe tamanha atenção que a população acaba o estigmatizando na figura de um completo criminoso, sem que haja qualquer possibilidade de se reverter tal entendimento. A imagem que o indivíduo carregará por muito tempo, senão pela vida toda, é a de um delinqüente, mesmo que jamais venha a ser condenado por qualquer coisa pelo poder judiciário.

No entanto, essa condenação pública anda em via completamente oposta à da presunção de inocência, que este trabalho visa debater. Sem jamais tratá-la como algo absoluto, não deixamos, porém, de nela enxergar uma importante garantia que para sempre deva ser preservada pelo Estado. Parece-nos uma clara condenação antecipada o que a mídia faz com os acusados, quando muitas das vezes sequer processo existe contra o mesmo.

É inegável que o direito à publicidade é garantido por nossa Constituição, mas ela mesma traz limitações a tal direito, notadamente quando indica que o indivíduo não poderá sofrer qualquer assédio em sua intimidade.

Fonseca (1999) nos ajuda quando dispõe sobre seu entendimento:

A materialização do direito-dever estatal de punir, todavia, deve ser compatibilizada com os preceitos fundamentais que tutelam o direito de liberdade, vez que de suma relevância para a coletividade, constituindo-se em garantia para cada cidadão, o respeito aos preceitos oriundos do texto constitucional e que mantém pertinência com o processo penal.

Cumpre lembrarmos, porém, que no início da vigência de nossa Constituição, muitas foram as vozes que defendiam que o texto constitucional não tinha adotado a presunção de inocência, mas tão somente a presunção de não-culpabilidade que, em virtude de uma interpretação literal por estes estabelecida, possuía alcance bem menos audacioso. O argumento para essa canhestra interpretação foi o de que o texto nacional guardava simetria com o texto italiano, que fora confeccionado nos tempos do nazi-fascismo, se ignorando por completo o espírito da norma brasileira e o intento dos constituintes.

Vejamos o que anotou o eminente professor Gomes Filho (2003, p. 126) a respeito:

À semelhança do que ocorreu na Itália, também aqui parte da doutrina e da jurisprudência apressou-se em invocar o argumento literal, especialmente quando se postula uma nova leitura de disposições da legislação ordinária, afirmando-se que o constituinte não teria consagrado uma verdadeira presunção de inocência(...) No entanto, tal argumento deixou de ter autoridade entre nós, desde que o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o governo brasileiro depositou a carta de adesão, determinando-se seu integral

cumprimento (Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 09.11.1992).

Apenas para se consignar o valor que a referida Convenção aprovada pelo Congresso Nacional possui em nosso ordenamento, lembramos o texto do parágrafo segundo do art. 5º de nossa Carta Magna: “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 primeiro aspecto que este trabalho apresentará, a respeito da extensão que a presunção de inocência deve possuir em nosso ordenamento, é justamente o referente à questão do tratamento que o indivíduo que foi acusado de ter cometido qualquer crime deve obter. A tentativa é a de entender em quais limites a presunção de inocência repercutirá na formação do conceito que o investigado herdará durante a fase em que se apurarão os fatos a ele imputados.

Do dispositivo constitucional contido no art. 5º, inc. LVII, podemos imediatamente detectar, como o aspecto mais saliente, a vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado, no sentido óbvio de se reafirmar o princípio da dignidade da pessoa humana como premissa basilar a ser seguida pelo poder público no uso do seu poder repressivo. A busca é pela obtenção irrestrita dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, principalmente da já citada dignidade da pessoa humana, afeita ao direito processual penal, quando identificado qualquer desvio de finalidade de determinado instrumento jurídico. (BENTO, 2007).

Para Eugenio Florian, em suas lições encontradas na obra do mestre Mirabete (2004, p. 45), a nossa Carta Constitucional não teria expressado claramente as condições para que se presuma a inocência, mas que apenas teria declarado quando o cidadão passaria a ser considerado culpado, apresentando-se, assim, somente como uma tendência à presunção de inocência, ou mais precisamente, um estado de inocência, em que o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença penal condenatória transitada em julgado. O que mais se destaca nesse pensamento é a utilização do termo “tendência à presunção de inocência”, deixando a

entender que não se trata exatamente de uma presunção pura e simples, mas sim, uma propensão que leva a crer pela inocência do cidadão, sem que se ignore, no entanto, o fato de o indivíduo ter levantado fortes suspeitas de ser autor de determinado crime.

O exercício para se bem aceitar a presunção pode ser penoso. Com a denúncia do Ministério Público, por exemplo, com todos os seus elementos objetivos, se enceta determinado grau de culpa ao acusado. Da mesma forma que se protege o cidadão contra a culpa precoce ou descabida, se reconhece também o interesse público que move o *parquet*, de modo a se considerar inconcebível uma atuação leviana e sem critério por parte de seus membros. A individualização da conduta, suas circunstâncias e demais características do processo acusatório levado pelo Estado alertam para a possibilidade real de se ter achado um culpado para determinado delito. O perigo ronda o inocente acusado de forma a caber a ele também tentar desconstituir a peça acusatória, sob pena de ver-se confirmado tudo o que ali se inseriu, mas ao acusado que realmente cometera o delito que lhe é imputado resta gozar das garantias processuais protetivas e quem sabe até, audaciosamente, traçar estratégias de defesa que o façam escapar da sentença de culpa. Neste prisma, o processo pode se apresentar como vilão ao verdadeiramente inocente e como salvador ao genuinamente culpado.

Quando o indivíduo é acusado de ter praticado determinado fato criminoso, o seu estado inicial de inocente sofreria um inegável abalo. Difícil é mensurar o grau de desconfiança depositado no acusado quando submetido a uma instrução investigatória, em que determinados aspectos apontam para uma possível culpa do investigado. A atividade policial, costumeiramente, é capaz de, a partir de indícios indubitavelmente verossímeis, construir uma condição de indiscutível culpa do sujeito acusado. Como, nestes casos, é possível continuar sustentando que o mais provável seria a inocência e não a culpa do acusado? O que nos faz parecer, de acordo com esse entendimento, é que a tendência à presunção de inocência, em alguns casos, serve tão somente de instrumento para o gozo de privilégios da parte do indivíduo culpado. Vejamos duas situações que nos levam a refletir sobre a real extensão da presunção de inocência.

O primeiro caso diz respeito à hipótese do flagrante delito acompanhado de prisão. A prisão em flagrante faz parte do nosso ordenamento, reconhecida pela ordem constitucional de 1988; no entanto,

parece-nos à primeira vista ser de um universo distinto dos ditames que norteiam a presunção de inocência. Tal constatação é derivada do fato de que, segundo o princípio da presunção de inocência, o indivíduo encontrado no estado flagrancial ainda sustentaria a condição de inocente, o que, por óbvio, deveria afastar a possibilidade de ser este submetido a qualquer espécie de prisão. Cientes somos de que a prisão em flagrante pode ser extinta logo em seguida, seja com ou sem fiança, ou com o simples relaxamento diante de sua patente ilegalidade, mas, o ordenamento pátrio escreve que a atuação modelo da autoridade competente deva ser a de lavrar o famoso Auto de Prisão em Flagrante, recolhendo o indivíduo ao cárcere, o que nos parece um paradoxo se considerarmos a suposta condição de inocente mantida até que uma sentença condenatória definitiva dissesse o contrário. Eis aí, para nós, uma aparente mitigação da aplicação da presunção de inocência.

Vejamos esta lição da autorizada professora Grinover (apud JARDIM, 1987, p. 216):

[...] haverá possibilidade de liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança quando: a) não houver prova da existência do crime (do fato criminoso em sua materialidade) e indícios de autoria; b) não houver necessidade da prisão em flagrante para garantir a ordem pública e a instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal.

Ao prever a possibilidade de concessão de liberdade ao preso em flagrante na hipótese deste não ameaçar a ordem pública e a instrução criminal, bem como da aplicação da lei penal, estamos reconhecendo que o tempo passado pelo cidadão flagrado na clausura foi de todo injusto, e em pleno contraste com a presunção que este presente trabalho tenta discutir.

O mestre Gomes Filho (2001, p. 226) nos traz uma justificação para a existência de tal instituto, lembrando ainda o mecanismo que o próprio sistema nos traz a fim de se evitar abusos:

É que nesse caso a própria visibilidade da infração penal e a situação de especial urgência na efetivação da apreensão de seu autor justificam, excepcionalmente,

a dispensa de uma cognição judicial antecipada sobre os pressupostos da custódia.

Isso não significa, entretanto, que tal cognição seja desnecessária, pois o próprio constituinte estabeleceu a obrigatoriedade da comunicação imediata da prisão em flagrante à autoridade judiciária competente (art. 5.º, LXII, da CF).

Se entendermos como constitucional a prisão em flagrante, que nada mais é que a determinação para enclausuramento de um indivíduo que, aos olhos da polícia, fora capturado quando do momento de um crime, estaremos certamente afundando um dos alicerces que sustentam a presunção de inocência. Se a Constituição quisesse preservar a todo custo essa condição de presumidamente inocente do acusado, no mínimo deveríamos afastar o instituto da prisão em flagrante do nosso ordenamento, pois, por mais provável que possa parecer aos olhos da polícia ser o autuado o verdadeiro autor de determinado delito, somente o magistrado com sua caneta poderia assim proceder. O comportamento da polícia, se coerente à orientação da presunção de inocência, não poderia ser outro que não o de livrar solto qualquer indivíduo flagrado no cometimento de um crime.

Seguindo a lógica do pensamento mais liberal, acreditando a autoridade policial ser o indivíduo flagrado o autor do crime, só poderia constrangê-lo em sua liberdade física se entendesse que o acusado representasse perigo iminente à sociedade. Só assim, a nosso ver, haveria legitimidade no enclausuramento do acusado. No entanto, estaríamos falando do instituto da prisão preventiva, diverso do aqui referido.

A questão posta aqui é a de que a presunção de inocência não poderia admitir o constrangimento nem por um instante do acusado, mas, como nosso ordenamento constitucional prevê determinados mecanismos de defesa social em contraste com as garantias individuais, poderíamos vislumbrar tão somente a existência de uma tendência à presunção de inocência. Assim, quando se atribui esse poder de constranger o indivíduo, à autoridade policial, que é a que está mais próxima dos fatos e mais sensível aos acontecimentos, não deixamos de mitigar em alguma razão a celebrada presunção de inocência.

O segundo exemplo que nos persegue, no que diz respeito à aplicação hodierna da presunção de inocência, é o caso da confissão alcançada de imediato, dada espontaneamente pelo acusado. Esse exemplo nos foi trazido primeiramente por Ferri (apud CAMARGO, 2005), ao analisar casos em que, sob seu olhar, não haveria espaço para a utilização da presunção de inocência. Tratava-se de clara exceção na aplicação da presunção, já que ela não poderia vingar nos casos em que o culpado lucidamente já havia confessado o delito e todas as provas indicavam o acusado como autor do delito em questão. Para os grandes estudiosos, seria um esforço completamente desnecessário e prejudicial à sociedade manter-se o acusado sobre o manto protetivo que o presumiria inocente, quando na verdade já não pairava qualquer dúvida sobre sua culpa.

O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, não distingue o réu confesso daquele que não reconheceu sua culpa. Assim, o réu confesso segue pelo mesmo trâmite processual que o outro, cuja inocência ainda tenta provar. Carregando consigo a presunção de inocência, o réu confesso pode gozar da liberdade até o trânsito em julgado da sentença que vier a condená-lo, sendo que por diversas vezes, pelo pretexto de ver reconhecida alguma atenuante, o processo segue por tanto tempo que a prescrição o salva de qualquer punição.

O conceito dispensado ao acusado é rodeado de polêmicas, sendo há muito debatido, sem, contudo, já se ter chegado a um denominador comum. Dos espaços acadêmicos provêm constantes atualizações dos termos que medeiam a matéria, e a conseqüente interpretação e aplicação da presunção de inocência ao longo dos tempos.

O eminente Santo Tomás de Aquino, em seus reconhecidos estudos, muito colaborou com a iluminação que o tema merece. Abordou o referido mestre a figura do suspeito como um vício, que tem três degraus e gravidades diversas e que certamente tem relação hoje com os sentimentos de pessoas ao ver outras pessoas sendo expostas perante câmeras de televisão: duvidar da bondade do outro é um vício menor, levando à falta de confiança entre particulares; dar como certa a malícia do outro apenas com leves indícios é mais grave, pois leva ao fim da sociabilidade; mas, o gravíssimo é o vício do juiz que, por simples suspeita, condena. (BENTO, 2007).

5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O TRATAMENTO DO ACUSADO DURANTE O PROCESSO

O conceito qualificador estabelecido sobre o acusado, tratado no item anterior, é o que nos vai nortear nas próximas linhas, nas quais analisaremos os limites de aplicação da presunção de inocência, desde o início do processo até o momento da sentença penal definitiva. Somente após chegarmos a um consenso sobre o status que o acusado carrega durante a instrução processual é que podemos começar a entender sobre quais procedimentos limitadores da liberdade este indivíduo pode ser sujeito.

Desde a Declaração de 1789, pelo menos dois aspectos sobre a presunção de inocência já era possível enxergar: o primeiro diz respeito ao pressuposto lógico da presunção de inocência do acusado que deve nortear todo o processo investigativo; o segundo refere-se à garantia que o acusado possui de não vir a ser submetido a qualquer procedimento que implique na restrição de sua liberdade, salvo quando imprescindível ao processo.

Segundo o magistério de Gomes Filho (2003, p. 137):

No caso do texto brasileiro de 1988, embora sem aceitar quaisquer limitações da aplicação do preceito na matéria probatória, é forçoso reconhecer que até pela redação adotada pelo constituinte – “ninguém será considerado” – a ênfase é dada especialmente à condição de não-culpabilidade do cidadão colocado diante do poder punitivo estatal, vedadas, portanto, quaisquer formas de tratamento que impliquem equiparação à situação oposta.

A mais importante conclusão a que podemos chegar neste momento do trabalho diz respeito à afirmação no próprio texto constitucional brasileiro sobre a presunção de inocência enquanto regra de tratamento ao suspeito ou acusado. Há uma verdadeira ratificação do princípio da dignidade humana, concluindo pela completa inadmissibilidade de qualquer punição antecipada ou outra medida que importe em reconhecimento prévio de sua culpabilidade.

No entanto, o nosso ordenamento ainda está repleto de formas arcaicas que instrumentalizam a persecução penal de forma a exprimirem

verdadeiras antecipações do juízo condenatório, em pleno contraste com nossas disposições constitucionais. Exemplos nítidos na prática processual hodierna são a posição de inferioridade destinada aos réus no momento das audiências judiciais e o costume nefasto no uso de algemas em situações nas quais o réu não representa qualquer perigo. O primeiro caso é fruto do acomodamento histórico da suposta hipossuficiência do acusado, sendo este considerado indigno de estar ao mesmo plano daquele que o julgará. Quanto ao uso de algemas, é patente que as polícias abusam, e muito, ao tratar os acusados que não oferecem risco, mas, é bem verdade que a culpa também pode ser igualmente atribuída ao Poder Legislativo, que até hoje nunca se prontificou para regulamentar o seu uso, dando margem, assim, ao cometimento de tais práticas atentadoras ao estado presumido de inocência.

Não se busca aqui criticar a atuação da imprensa diante das ocorrências criminosas. Longe disso, os meios de comunicação brasileiros prestam importante papel social de informar e orientar a sociedade, além de servirem como essencial instrumento de combate ao crime, levando ao conhecimento público os abusos e desvios cometidos por autoridades. Mas o que não se pode pactuar é com os excessos praticados pela imprensa sensacionalista, que irresponsavelmente veicula imagens inverídicas e informações imprecisas, submetendo muitos cidadãos honestos a um verdadeiro drama. Tudo pela busca insaciável por altos níveis de audiência, provocados pelo clamor público configurado.

Como a presunção de inocência constitui um princípio em nosso ordenamento, deve ela servir como orientação ideológica para todo o sistema relacionado com a atividade persecutória estatal, proporcionando a garantia de um tratamento ao acusado digno à sua condição de presumidamente inocente. De fato, não podemos vislumbrar um processo penal garantista em que haja qualquer espécie de punição antecipada ao acusado.

O ideal seria que o processo se desenvolvesse sem interferir no terreno da liberdade física do acusado, mas por vezes nosso sistema lança mão do instituto da prisão processual no afã de melhor desempenhar sua função de proteger a sociedade dos criminosos.

A aparente discrepância entre a prisão processual e a presunção de inocência salta aos olhos de qualquer um, e é bastante evidente a incompatibilidade entre o aprisionamento e a inocência. No entanto, assim como nossa Constituição prevê a presunção de inocência, ela também o faz

com relação às prisões cautelares (art. 5º, inc. LXI). Ressalte-se apenas que a previsão constitucional é para a possibilidade de realização da prisão cautelar e não a qualquer forma de antecipação de pena. O ordenamento constitucional é claro, não permitindo que o instrumento da prisão cautelar seja usado como forma de punir o acusado antes de uma condenação.

Vejam os transparente e completo entendimento que Vélez Mariconde (apud BENTO, 2005, p. 29) possui, quando discorre sobre a observância dos requisitos necessários para que se proceda a medida cautelar que é a prisão provisória no processo penal:

Deste princípio (presunção de inocência) derivam, também o fundamento, a finalidade, e a natureza da coerção pessoal do imputado: se este é inocente até que a sentença firme o declare culpado, claro está que sua liberdade somente pode ser restringida a título de cautela, e não de pena antecipada a dita decisão jurisdicional, sempre e quando se suspeite ou presuma que é culpado, e ele seja indispensável para assegurar a efetiva atuação da lei penal e processual.

O que se deve buscar no dia-a-dia é a máxima efetividade aos preceitos constitucionais, a fim de se evitar abusos no exercício do *jus puniendi* do Estado. As garantias fundamentais de um processo informado pela presunção de inocência podem conviver sim com a presença das prisões anteriores à condenação definitiva, mas desde que haja um respeito à condição do acusado não lhe impondo qualquer forma de restrição à liberdade pessoal como forma de antecipar sua punição.

Essa execução provisória decorrente da prisão ilegítima que antecipa a pena estabelece muitas intromissões nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito, fazendo-o mudar completamente depois de submetido a esse tipo de tratamento. Basta imaginarmos que o inocente, quando submetido a uma prisão processual, provavelmente jamais voltará a crer na eficiência do nosso sistema acusatório, sem falar nas repercussões psicológicas em virtude do tempo em que vier a passar longe de seus familiares, seu trabalho, seus amigos etc.

Um posicionamento que este trabalho, sem dúvidas, deve manter em suas linhas conclusivas, é a crítica às formas de prisão contidas no

ordenamento brasileiro que estipulam, automaticamente, no caso de investigação de algumas espécies de crime, a prisão preventiva obrigatória, e aos casos em que a prisão provisória é simplesmente impossibilitada pela natureza da infração investigada. Nestes casos, não se olha para o acusado, não se analisa o grau de perigo que ele pode representar se solto, restando apenas uma averiguação sobre os possíveis fatos criminosos. Parece-nos uma medida nada justa, pois o inocente acusado por um crime desses pagará muito caro em razão de uma satisfação imediata dada à sociedade, por vezes tão efêmera.

Brilhante é o exemplo trazido pelo professor Gomes Filho (2003, p. 140-141) a respeito das prisões antecipadoras de pena:

É o que ocorre, no sistema brasileiro, com a prisão preventiva determinada para a ‘garantia da ordem pública ou da ordem econômica’ (art. 312, primeira parte, do CPP), na medida em que essa fórmula excepcionalmente ampla e aberta, ao conferir amplo poder discricionário aos juízes, acaba por possibilitar a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica.

É importante que a sociedade se dê conta de que não será a sensação de defesa social proporcionada pela prisão imediata de algum suspeito que fará com que novos delitos não sejam cometidos. Essa prática é, na verdade, bem distante dos ditames norteadores dos direitos individuais tão em evidência desde o fim do regime militar. A prisão processual só deve ser executada no interesse do próprio processo, na busca de melhores resultados, devendo-se zelar pela manutenção das garantias constitucionais atribuídas ao acusado, não se permitindo o uso das prisões cautelares como instrumento destinado à prevenção geral dos crimes.

6 A PREVALÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO MOMENTO DA SENTENÇA

6.1 O *in dubio pro reo*

Em seus primórdios, a presunção de inocência serviu como mecanismo de influência no psiquismo da população, no que acabou por moldar uma imagem de processo capaz de assegurar ao acusado ampla garantia de defesa, protegido contra os movimentos arbitrários cometidos pelo Estado repressor. E dessa visão nascente sobre o processo, chocando à grande parte dos pensadores, se concluiu pela primeira vez que o acusado absolvido por falta de provas era presumidamente inocente.

O princípio do *in dubio pro reo* informa que é necessário existirem elementos suficientes e garantidores de uma certeza razoável quanto à autoria e à materialidade do delito, de forma a possibilitar a expedição de uma sentença condenatória, pois do contrário, em havendo dúvidas na valoração das provas, a absolvição se impõe.

Essa identidade entre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* é brilhantemente abordada pelo mestre Gomes Filho (2003, p. 134-135):

É comum afirmar-se, então, numa postura mais radical que simplesmente não existe qualquer ônus da prisa em matéria criminal, tanto para a acusação como para a defesa; independentemente de eventuais contribuições trazidas pelas partes, é ao juiz que compete esclarecer os fatos submetidos a julgamento e, a persistir a dúvida, só lhe restará a absolvição por falta de provas, não como consequência do descumprimento de qualquer ônus, mas pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

O direito anglo-saxônico do *commom law* põe grande ênfase no princípio *beyond reasonable doubt*: se os membros de um júri têm dúvidas razoáveis sobre a culpabilidade do acusado, então este deve ser ilibado, mesmo que provavelmente seja culpado. Uma importante decisão como uma condenação jamais deveria ser tomada na ocorrência do menor grau de dúvida.

O processo penal, entre nós, se fundamenta na existência da dúvida, sendo ele uma criação destinada a solucioná-la. Desde o seu início, na confrontação das teses entre a acusação e a defesa, o processo provê meios para tentar dissipar quaisquer dúvidas, corroborando à construção da convicção do magistrado que ao final proferirá sentença condenando ou absolvendo. Como maior virtude, ou como maior defeito do processo, pode ser apontada essa sua característica de definitividade, não havendo espaço para uma sentença intermediária que deixe de condenar e absolver, cabendo ao juiz a importantíssima atribuição de dispor sobre o caso concreto dando-lhe a mais justa solução.

Assim, a formação da convicção do juiz assume a tarefa de pôr um ponto final à questão que é trazida ao poder judiciário. O grande problema é quando as alegações trazidas tanto pela acusação quanto pela defesa não são plenamente capazes de fornecer subsídios a essa formação. O insucesso do processo o tornaria inútil e por muito não persistiria, pois a sociedade urge por justiça.

Carnelutti (2006, p. 91-92) assim se posicionava sobre o assunto:

[...]o juiz absolve ou condena. Duas palavras que se ouvem pronunciar continuamente, mas cujo significado profundo é necessário descobrir. Deveriam significar: o imputado é inocente ou culpado. O juiz deve, entretanto, escolher entre o não do defensor e o sim do Ministério Público. Mas e se não pode escolher? Para escolher, deve ter uma certeza, no sentido negativo ou no sentido positivo; e se não há? As provas deveriam servir para iluminar o passado, onde antes havia obscuridade, e se não servem? Então, diz a lei, o juiz absolve por insuficiência de provas, e o que quer dizer isto? Que o imputado não é culpado, mas tampouco é inocente[...] o processo se encerra com um nada de fato[...]

A História nos mostra que a solução mais adotada pelos povos ocidentais quando tratam de um processo em que paira alguma dúvida que não se consegue sanar é a de prover um título final que declare expressamente a dúvida quanto à culpa do acusado, mas que, reconhecendo-se as fragilidades

da tese acusatória e dos meios de prova permitidos pelo processo penal, impunha-se, como medida de segurança jurídica, a absolvição. Percebe-se assim, de um modelo de processo em que somente depois de comprovada inocência se absolvía alguém, para outro, que apenas com provas irrefutáveis se condena, o quanto caminhou a humanidade no campo do direito libertário.

Em verdade, o julgamento promovido por um magistrado nunca será coroado com a certeza absoluta a respeito da solução das questões apresentadas. As dúvidas quanto aos fatos são inevitáveis, cabendo somente ao juiz comportar-se no sentido de distanciá-las o quanto puder. Como não estava presente no momento do delito, nem mesmo confissões podem assegurar por completo que a convicção formada pelo juiz é a verdade mais pura. E nesse jogo de dúvidas, levantadas pela acusação e refutadas pela defesa, se posiciona o magistrado, de modo a compor o processo da valoração resultante das provas trazidas pelas partes. Assim, se este jogo entre acusação e defesa termina sem uma conclusão mais ou menos precisa, o acusado ganha. Ganha não porque é necessariamente inocente, e sim, pelo fato de que o sistema não foi capaz de prover o processo de meios eficazes na comprovação dos fatos alegados na denúncia.

O princípio do *in dubio pro reo* encontra-se inserido no Código de Processo Penal, em seu artigo 156, *in verbis*: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá no curso da instrução ou antes de proferir sentença determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A acolhida do princípio pelo sistema jurídico é uma clara medida de reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão na relação processual estabelecida, cabendo ao Estado garanti-la para o fiel cumprimento da legítima pretensão punitiva que desempenha. Firmou-se então, que cabe à acusação o ônus da prova, haja vista a capa protetora da presunção de inocência que envolve o cidadão, e quando esta não o puder fazer em tempo hábil, ou eficientemente, não restam escolhas ao Estado senão reconhecer sua incapacidade e livrar solto qualquer acusado, tomando ainda os devidos cuidados para se evitar que fique qualquer mancha de insegurança no acusado.

Tais preceitos deveriam nortear o julgador, de modo a assegurar que não se condene qualquer inocente, se evitando assim, prejuízo ao cidadão, mesmo estando patente a possibilidade de a sociedade sofrer um prejuízo

com a colocação de um culpado em liberdade. Escreveu neste sentido o Mestre Jardim (1987, p. 151):

Como se sabe, assim como ao Estado não interessa a absolvição de um culpado, também não lhe interessa a condenação de um inocente. Aliás, é de suma importância ter presente que estas duas últimas assertivas, pela diversidade de valores que as inspiram, não podem ser colocadas em pé de igualdade. Vale dizer, menos ruim absolver um culpado do que condenar um inocente, até porque uma moderna concepção crítica do Direito Penal vem demonstrando que a sanção supressiva da liberdade não pode mais ser reputada como um meio eficaz de controle social.

A maior crítica que este princípio recebe é em razão de solucionar um processo em que parem dúvidas com um título que certifica a inocência. No entanto, a experiência humana já demonstrou que esta é a solução mais aceitável, pois pior seria se, declarado nem culpado, nem inocente, seria eternamente acusado, o que possivelmente faria perpetuar o processo e todos os seus males na vida do cidadão.

A sua origem, seguindo a de inúmeros outros princípios, se deu nas discussões sobre a melhoria dos direitos do acusado por volta do século XIX, mas, também, pode ser compreendido como uma consequência resultante das dificuldades da comprovação do fato imputado. Importante se destacar que o *in dubio pro reo* não fora concebido com nenhum objetivo de furtar o culpado da pena; pelo contrário, fora inserido nos ordenamentos visando proteger o homem de bem, não importando ainda em um processo destituído de qualquer coerção, pois os sistemas jurídicos sempre previram medidas cautelares nas ações investigativas, quando imprescindíveis.

O *in dubio pro reo* serve para o sistema criminal como importante ferramenta conciliadora da finalidade repressiva das normas penais e as garantias processuais asseguradas ao acusado, reflexo de um ordenamento que prima pelo valor do indivíduo, sobreposto aos interesses do Estado.

7 CONCLUSÃO

A presunção de inocência sempre se apresentou, desde seu primeiro desenvolvimento ainda em Roma, como um instrumento garantidor para o indivíduo que chegasse a ser acusado de algo. Ao Estado foi conferido o *jus puniendi* de modo exclusivo, de forma a caber somente a ele a apuração e a conseqüente condenação de qualquer crime ocorrido na sociedade.

No entanto, o uso deste poder não legitimou o Estado a proceder de forma arbitrária, ignorando os direitos individuais conquistados ao longo do tempo, notadamente após a Revolução Francesa no fim do século XVIII. E estes direitos não foram poucos, a ponto de se impossibilitar qualquer antecipação de pena ao indivíduo que fosse simplesmente acusado, só se autorizando a execução de qualquer punição após um pronunciamento definitivo por parte do Poder Judiciário.

A regra, que tentamos enunciar ao longo deste trabalho, apresenta um ponto nevrálgico: Até o último pronunciamento judicial sobre a culpa do acusado, este será sempre presumidamente inocente. O que nos faz crer, de imediato, ser completamente inadmissível qualquer procedimento punitivo sobre o mesmo.

Apenas a pretensão cautelar pode resultar em alguma privação da liberdade do acusado; entretanto, seu estudo foge dos limites do presente trabalho, pois tal instituto tem objeto e se mira em princípios diversos dos aqui analisados. Assim, não nos importa se o acusado tem péssimos antecedentes, não interessa a sua intenção de fugir, ou seu interesse pelo desfazimento das provas, etc. O que se estabeleceu de forma irretocável foi a força pela prevalência da presunção de inocência do acusado.

O valor depositado sobre a expressão nos dias atuais se assemelha à força de um medalhão oriundo dos tempos mágicos, a ser lançada sempre quando seu possuidor for brutalmente atacado pelo ânimo descabido e irracional do Estado. Sabemos que seu uso não alcança o infinito, como nenhum outro princípio assim o faz; no entanto, a sociedade é cada vez mais beneficiada pelo processo de democratização e de transparência da máquina estatal.

Na tentativa de firmarmos alguns limites para a sua aplicação, condizentes com a ordem constitucional atual, discutimos sobre diversos

assuntos que ora se destacavam como sendo de uso imoderado da presunção de inocência, e ora como situações em que seu uso se fazia de modo minguido. Desta forma, não sustentamos a presunção de inocência em casos de flagrante delito ou de confissão irretocável, mas não deixamos de assinar nosso protesto contra a estereotipagem de culpado formada pela mídia sensacionalista ou pelo julgamento baseado em fatos pretéritos do acusado.

A valoração da presunção de inocência no caso concreto sempre terá contornos de defesa, e para tanto o ordenamento pátrio armou os operadores do direito de dispositivo constitucional, cabendo ao magistrado efetuar uma verdadeira ponderação frente outros princípios como o da verdade real, da moralidade e da eficiência. Será o bom domínio da hermenêutica constitucional que fará com que o profissional das leis aprecie os valores sobre a verdadeira luz da ordem jurídica nacional.

Em nosso ordenamento, nenhum instituto existe desprovido de carga ou função estratégica, sendo estas manifestadas em momento preciso aos seus receptores por meio das prescrições normativas que se encontram no universo harmônico dos preceitos jurídicos, sejam leis, sejam princípios.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1989.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2006.

FONSECA, Adriano Almeida. O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>>. Acesso em: 17 mar. 2007.

FRANÇA. **Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen**. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm>> . Acesso em: 22 fev. 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: SUANNES, Adauto et al. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ITÁLIA. **Costituzione della repubblica italiana**. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/ita/testinormativi/costituzionedellarepubblica/costituzione_parte_i.asp> . Acesso em: 12 mar. 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Processo penal: estudos e pareceres**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AREVISTADO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação
de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros
pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As idéias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes: **a)** redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via, juntamente com o arquivo em disquete, em formatação Word for Windows; **b)** apresentados em papel A4; **c)** configurados em espaço simples; **d)** escritos em tamanho 12, com base na fonte Times New Roman; **e)** adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como o resumo, constituído de uma seqüência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave logo abaixo do resumo, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO - Coordenação da Biblioteca
Rua Oswaldo Cruz, nº 1396 Centro - São Luís – Maranhão
CEP: 65020 – 910 Tel.: 0XX (98) 3219-1656 Fax.: 0XX (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mp.ma.gov.br